

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Antigone au milieu du gué

Mougenot, Dominique

*Published in:*

La preuve en droit privé : quelques questions spéciales

*Publication date:*

2017

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Mougenot, D 2017, Antigone au milieu du gué. Dans *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*. UB<sup>3</sup>, Numéro 64, Larcier , Bruxelles, p. 127-177.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Antigone au milieu du gué

## Le point sur l'utilisation des preuves recueillies irrégulièrement en matière civile

DOMINIQUE MOUGENOT

Juge au tribunal de commerce du Hainaut  
Maître de conférences invité à l'Université de Namur et l'Université  
catholique de Louvain

<b>Introduction</b> .....	128
<b>Section 1.</b> Délimitation de la question .....	128
<b>Section 2.</b> La jurisprudence Antigone dans les autres domaines du droit...	134
<b>Section 3.</b> La jurisprudence Antigone en matière civile .....	139
<b>Section 4.</b> La jurisprudence Antigone remise en cause par l'Union européenne ? .....	165
<b>Conclusion</b> .....	176

## INTRODUCTION

La question de l'utilisation en justice des preuves recueillies irrégulièrement fait toujours débat<sup>(1)</sup>. J'avais déjà examiné la problématique en matière civile en 2013<sup>(2)</sup>. La présente étude fait donc le point sur l'évolution récente de la question.

La jurisprudence de la Cour de cassation s'accroît régulièrement en matière pénale, où le législateur est également intervenu. Une jurisprudence nouvelle a vu le jour en matière fiscale. Toutefois, dans la matière civile (entendue au sens large, c'est-à-dire englobant le droit social et le droit économique), les commentateurs et les praticiens doivent se contenter d'un seul arrêt, déjà ancien, dont la formulation prête à discussion. En revanche, les juges du fond sont régulièrement confrontés à des preuves irrégulières. Dans cette jurisprudence, les juridictions du travail se taillent la part du lion. Toutefois, les problèmes se posent également en droit des assurances (preuve de fraudes à l'assurance), en matière familiale (preuve de fautes commises par un conjoint ou un compagnon, même si la disparition du divorce pour faute a considérablement dégonflé ce contentieux), en matière commerciale (preuve de manquements commis par un cocontractant, d'actes de concurrence déloyale...).

### SECTION 1.

## DÉLIMITATION DE LA QUESTION

**1. La régularité de la preuve relève de la recevabilité.** La question de la régularité de la preuve se confond avec celle de sa recevabilité au regard de la loi. La *recevabilité* traite de l'admissibilité d'un mode de preuve en justice<sup>(3)</sup>. La preuve irrecevable doit être rejetée d'office par le juge, sans qu'il puisse en examiner le fondement et la portée. Le cœur des conditions de recevabilité est constitué par l'ensemble des règles qui gouvernent l'admissibilité de certains modes de preuve en matière civile. Notre système de preuve est fortement réglementé, du moins en matière civile, de telle sorte que tous les éléments de preuve ne peuvent être utilisés dans n'importe quelle circonstance. L'exemple le plus évident est

(1) Elle a fait notamment l'objet d'une monographie récente : *L'évolution de la jurisprudence Antigone sous le triple axe, pénal, social et fiscal*, Bruxelles, Larcier, 2016.

(2) D. MOUGENOT, « Antigone face aux juges civils. L'appréciation de preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles », *D.A./O.R.*, 2013, pp. 240 et s.

(3) D. MOUGENOT et R. MOUGENOT, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 14-2.

l'article 1341 du Code civil, qui dispose que seule la preuve littérale est recevable pour rapporter la preuve d'un acte juridique entre particuliers dont la valeur dépasse 375 EUR.

Toutefois, plus largement, on peut considérer que relève aussi de la recevabilité des preuves, l'interdiction de recourir à des modes de preuve violant des règles externes au droit de la preuve, telles que le secret professionnel ou le droit au respect de la vie privée<sup>(4)</sup>. Dans cette hypothèse, la preuve proposée est conforme aux règles propres au droit de la preuve. Le problème consiste alors à vérifier si cette preuve, en principe admissible, en tout cas aux yeux du Code civil, ne viole pas une autre règle ou un principe général étrangers au droit de la preuve, ce qui conduirait malgré tout à son rejet en tant qu'instrument de preuve. Par exemple, la preuve de la conclusion d'un contrat par échange de lettres missives est admise. Mais le problème peut se situer ailleurs : la partie qui invoque cette correspondance est-elle entrée régulièrement en sa possession ? Si ce n'est pas le cas, la violation du secret des correspondances pourrait amener à l'écartement de cette preuve. La régularité des preuves constitue donc aussi une facette de la recevabilité des preuves.

**2. Les preuves illégales.** On peut distinguer, parmi les preuves irrégulières, les preuves illégales et les preuves déloyales. Les preuves illégales sont constituées ou acquises en violation de la loi : un document volé, une communication téléphonique interceptée, une surveillance des travailleurs non autorisée... Il y a lieu de rappeler à cet égard la typologie établie par B. Allemeersch et P. Schollen<sup>(5)</sup>. Ceux-ci distinguent les preuves constituées de manière illégale (preuves illégales « *in se* » - un faux en écriture ou la violation du secret professionnel par exemple), qui ne peuvent être utilisées par personne, et les preuves constituées légalement mais recueillies illégalement (un courriel copié sur l'ordinateur d'un tiers par exemple), qui ne peuvent être utilisées que par leur détenteur légitime.

L'administration de la preuve est de plus en plus encadrée par des lois ou principes qui en délimitent le champ. On peut citer, entre autres :

- le principe au respect de la vie privée en général, garanti par la CEDH (art. 8), la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 7) et la Constitution (art. 22) ;

(4) J.-L. MOURALIS, v° « Preuve », *Rép. dr. civ. Dalloz*, 2<sup>e</sup> éd., 2002, n° 1074.

(5) B. ALLEMEERSCH et P. SCHOLLEN, « Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken – Over de geoorloofde vereiste in het burgerlijk bewijsrecht », *R.W.*, 2002-2003, pp. 41 et s.

- le principe du droit procès équitable, garanti par la CEDH (art. 6), la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 47) et matérialisé par un certain nombre de dispositions du Code judiciaire ;
- les règles relatives au secret professionnel (art. 458 C. pén.) ;
- les règles relatives au secret des correspondances ;
- les règles relatives à la protection du secret des affaires (qui relève en réalité du droit au respect de la vie privée dans le domaine des affaires – voy. notamment la directive européenne sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites(6)) ;
- les dispositions du Code judiciaire qui traitent des procédures de collecte des preuves (enquête, expertise, saisie en matière de contrefaçon) ;
- la loi du 8 décembre 1992 concernant la protection de la vie privée contre les traitements de données à caractère personnel ;
- la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques ;
- la convention collective de travail n° 68 du 16 juin 1998 relative à la protection de la vie privée à l'égard de la surveillance par caméra sur le lieu du travail ;
- la convention collective de travail n° 81 du 26 avril 2002, rendue obligatoire par arrêté royal du 12 juin 2002, relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard du contrôle des données de communications électroniques en réseau ;
- la convention collective de travail n° 89 du 30 janvier 2007 concernant la prévention des vols et les contrôles de sortie des travailleurs quittant l'entreprise ou le lieu de travail ;
- la convention collective de travail n° 100 du 1<sup>er</sup> avril 2009 concernant la mise en œuvre d'une politique préventive en matière d'alcool et de drogues dans l'entreprise ;
- la loi du 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé... (7).

(6) Directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, *J.O.U.E.*, L du 15 juin 2016.

(7) Pour un examen approfondi des normes applicables en droit du travail et leur possible violation, voy. : S. LACOMBE, « Antigone : évolution en droit social – à la source de Manon », in *L'évolution de la jurisprudence Antigone sous le triple axe, pénal, social et fiscal*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 43 et s.

Ces lois ou règlements touchent pour la plupart à l'ordre public et sont souvent pénalement sanctionnés. Vu l'accroissement de cette réglementation, le risque qu'un élément de preuve soit recueilli en violation d'une loi ou d'un principe général est en augmentation. Beaucoup de ces règlements appartiennent à la sphère du droit du travail et la jurisprudence est fournie dans ce domaine mais on en trouve également des exemples dans d'autres domaines du droit.

**3. Les preuves recueillies de manière déloyale.** Dans les cas exposés ci-dessus, on peut véritablement parler de preuve illégale, car son obtention se réalise par le biais d'une violation de la loi. Au-delà de l'illégalité manifeste, se pose également la question de la loyauté de la procédure d'administration de la preuve. Il n'y a pas eu violation de la loi à proprement parler mais les preuves ont été recueillies à l'insu de la partie, de manière clandestine ou sournoise.

La Cour de cassation considère que la loyauté, de manière générale, n'est pas un principe général du droit(8). Mais il faut se garder de donner une portée absolue à cet arrêt. Il signifie simplement qu'on ne peut fonder un pourvoi sur cette base. Toutefois, on retrouve la loyauté en creux dans le principe « *fraus omnia corrumpit* ». Celui-ci prohibe toute tromperie ou déloyauté dans le but de nuire ou de réaliser un gain(9).

En droit pénal, la loyauté dans la recherche et l'administration des preuves est reconnue comme un principe général du droit(10). En revanche, la Cour n'a jamais expressément consacré la loyauté de la preuve en matière civile. Mais elle a reconnu l'existence d'un « principe de loyauté qui s'impose aux parties dans le déroulement d'une procédure civile »(11). Il est vrai que bon nombre de preuves sont recueillies avant la procédure. Mais elles sont constituées pour servir en justice. En définitive, la fonction ultime de la preuve, c'est de convaincre le juge. Il serait paradoxal que les parties soient tenues de respecter un devoir de loyauté durant la procé-

(8) Cass., 5 mars 2002, *Pas.*, 2002, p. 638.

(9) Cass., 16 novembre 2015, R.G. n° S.14.0097.F.

(10) Cass., 12 mai 2015, R.G. n° P.13.1399.N ; Cass., 5 novembre 2014, R.G. n° P.14.1170.F ; Cass., 3 octobre 2012, R.G. n° P.12.0758.F ; Cass., 30 mai 2007, R.G. n° P.07.0421.F ; Cass., 25 juin 2003, *Pas.*, 2003, p. 1273 ; Cass., 5 mars 2003, *Pas.*, 2003, p. 464, *J.T.*, 2003, p. 464 ; Cass., 3 avril 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 589.

(11) Cass., 27 novembre 2014, *J.T.*, 2015, p. 755, note MALENGREAU. Considèrent la loyauté comme un principe directeur de procédure : S. GUINCHART et C. CHAINAIS *et al.*, *Droit processuel*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2009, n° 541 ; S. GUINCHARD, « Quels principes directeurs pour les procès de demain ? », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 201 et s., spéc. p. 212 ; G. DE LEVAL, « Le citoyen et la justice civile. Un délicat équilibre entre efficacité et qualité », *Rev. dr. ULB*, 2007, p. 22 ; A. SMETS, *Het recht op tegenspraak in civiele geschillen*, Bruges, la Chartre, 2009, n° 365.



dures mais puissent se constituer des preuves de manière déloyale avant celle-ci. Il n'est dès lors pas déraisonnable d'affirmer que le principe de loyauté qui doit exister en cours de procédure régit également l'administration de la preuve en matière civile, même en ce qui concerne les preuves recueillies avant le procès.

Le principe de loyauté est dès lors sous-jacent dans toute la matière des preuves, même s'il ne peut s'appuyer sur un fondement légal précis(12). Un sort identique sera donc réservé, dans la doctrine et la jurisprudence classiques, aux preuves illégales et aux preuves recueillies de manière légale mais déloyale.

On peut citer deux exemples emblématiques à ce sujet :

- l'enregistrement d'une conversation téléphonique à l'insu de l'interlocuteur. À l'inverse de l'interception d'une communication téléphonique à laquelle on ne participe pas, aucune disposition légale n'interdit la personne qui prend part à une communication de l'enregistrer à l'insu de son interlocuteur(13). C'est d'ailleurs devenu beaucoup plus aisé avec les smartphones. L'utilisation d'un tel enregistrement en justice est toutefois délicate parce que l'interlocuteur peut considérer que sa bonne foi a été surprise ou qu'il a été amené à faire des confidences qu'il n'aurait pas faites spontanément(14) ;
- la provocation. Il s'agit de situations dans lesquelles une partie est incitée à commettre un manquement à une obligation légale ou conventionnelle (une clause de non-concurrence par exemple). En matière pénale, les provocations policières sont condamnées, à commencer par la Cour européenne des droits de l'homme(15). Mais des provocations peuvent se produire également en matière civile, notamment lorsqu'un détective ou un huissier intervient de manière anonyme pour établir l'existence d'un manquement par

(12) J.-B. DENIS, « Quelques aspects de l'évolution récente du système des preuves en droit civil », *RTD civ.*, 1977, p. 671 ; D. MOUGENOT et R. MOUGENOT, *La preuve*, op. cit., n° 18 ; L. RAISON-REBUFAT, « La loyauté en droit de la preuve », *Gaz. Pal.*, 27 juillet 2002, pp. 1195 et s. ; N. VERHEYDEN-JEAMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 56 ; A. AYNÈS et X. VUITTON, *Droit de la preuve*, Paris, LexisNexis, 2013, n° 158.

(13) Cass., 8 janvier 2014, R.G. n° P.13.1935.F, *Rev. dr. pén.*, 2014, p. 680, concl. D. VANDERMEERSCH, *T. Strafr.*, 2014, p. 249, concl. D. VANDERMEERSCH, note J. KERKHOF.

(14) Voy. C. trav. Bruxelles, 5 novembre 2009, *Chron. D.S.*, 2014, p. 34 ; Gand, 6 septembre 2006, *D.A./O.R.*, 2007, p. 326 ; Comm. Courtrai, 24 juin 2004, *D.A./O.R.*, 2007, p. 331 ; C. trav. Bruxelles, 16 décembre 1987, R.G. n° 84/1168.

(15) M.-A. BEERNAERT, « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : nouvel état de la question », in *La théorie des nullités en droit pénal*, Limal, Anthémis, 2014, p. 70.

une personne(16). La provocation doit être distinguée du test de situation, destiné à établir des discriminations, qui est licite(17). La frontière entre les deux est toutefois difficile à tracer. Selon F. Kéfer, la distinction entre la provocation, qui corrompt la preuve, et les procédés voisins, qui ne la vicient pas, semble résider dans le fait que l'auteur de la provocation a encouragé le fait qu'il s'agit de constater et ne s'est pas borné à en constater la réalisation(18).

**4. Sanction de l'irrégularité : l'écartement de la pièce.** La sanction naturelle de cette irrecevabilité de la preuve sera son écartement. L'écartement n'est pas physique (la pièce reste au dossier) mais elle ne pourra pas être prise en considération par un tribunal dans le cadre d'une procédure. La loyauté du juge se présume jusqu'à preuve du contraire. Le juge qui écarte une pièce des débats est ainsi présumé refuser de la prendre en considération, pour former sa conviction, que ce soit directement ou indirectement(19). Cet écartement a un effet à la fois curatif et punitif(20). Curatif parce qu'il met un terme à la situation anormale en retirant la pièce du débat judiciaire. C'est une forme de réparation en nature de l'irrégularité. Punitif en ce qu'il sanctionne la partie qui manque à se conformer aux règles du jeu et à respecter tant la loi que la loyauté dans l'administration de la preuve.

La question qui nous occupe provient de l'absence de caractère automatique de la sanction. La jurisprudence Antigone a trait précisément aux conditions dans lesquelles une preuve irrégulière peut être prise en considération par le tribunal.

**5. Un raisonnement en deux temps.** Puisqu'il est question d'écartement de preuves irrégulières, il faut tout d'abord établir cette irrégularité. Le raisonnement du juge devra donc s'articuler en deux temps, même si ces deux étapes n'apparaissent pas toujours clairement dans la

(16) C. trav. Anvers, 17 novembre 2003, *Chron. D.S.*, 2004, p. 91 ; Anvers, 27 juin 2005, *R.W.*, 2005-2006, p. 1507 ; Mons, 2 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 296 ; Cass. fr., 16 janvier 1991, *Bull. civ.*, V., n° 15.

(17) L'article 19, § 3, de la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme admettait de façon explicite la preuve d'un certain nombre de discriminations par le test de situation, dont les modalités devaient être arrêtées par le Roi. Les trois lois du 10 mai 2007 relatives à la discrimination ne parlent toutefois plus de ce procédé. Les travaux préparatoires indiquent toutefois que le test de situation est parfaitement admissible (*Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2722/005, p. 10 et n° 51-2720/009, pp. 68 et s.).

(18) F. KÉFER, « L'admissibilité de la preuve en droit civil et en droit pénal », *R.D.S.*, 2013, pp. 199 et s., n° 26.

(19) Cass., 10 février 2016, R.G. n° P.15.1505.F.

(20) B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van rechtspraak - Het burgerlijkbewijsrecht (2000-2013) », *T.P.R.*, 2015/2, pp. 597 et s., n° 67.

jurisprudence. Dans un premier temps, le tribunal devra apprécier l'existence de l'irrégularité. Si celle-ci n'est pas constatée, la preuve ne pose pas de problème particulier et pourra être librement utilisée en justice. L'application de la jurisprudence Antigone est alors sans objet. Ce n'est que si le juge constate une illégalité ou une déloyauté dans la réception des preuves que la question de l'utilisation d'une telle preuve en justice prend tout son sens. Lorsque l'irrégularité est avérée, la preuve doit-elle être écartée ou le juge peut-il y avoir égard ? L'examen de la première étape, soit la régularité des preuves, sort du cadre du présent article (21). Je n'aborderai que la seconde étape du raisonnement.

## SECTION 2.

### LA JURISPRUDENCE ANTIGONE DANS LES AUTRES DOMAINES DU DROIT

#### § 1. La jurisprudence Antigone en matière pénale

**6. Jurisprudence classique.** En matière pénale, la jurisprudence a longtemps écarté systématiquement les preuves irrégulières, depuis l'arrêt *Rucloux* en 1923 (22). En outre, tous les éléments de preuve qui se fondent sur l'instrument de preuve illicite et en découlent devaient également être écartés par voie de conséquence (23). C'est la doctrine du « fruit de l'arbre empoisonné ». De même que l'arbre empoisonné ne peut donner que des fruits toxiques, la preuve illégale ne peut engendrer que des modes de preuve illégaux. En revanche, le juge peut parfaitement se fonder sur d'autres éléments de preuve, qui ne sont pas affectés d'un pareil vice (24).

**7. Le revirement de jurisprudence : l'arrêt *Antigone*.** Un revirement important s'est toutefois produit dans la jurisprudence de la Cour de

(21) Sur cette question, voy. B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van rechtspraak – Het burgerlijkbewijsrecht (2000-2013) », *op. cit.*, pp. 597 et s., n° 48 et s. Pour une étude récente en droit social, voy. : S. LACOMBE, « Antigone : évolution en droit social – à la source de Manon », *op. cit.*, pp. 43 et s., n° 7 et s.

(22) Cass., 10 décembre 1923, *Pas.*, 1924, I, p. 66.

(23) Voy. pour un rappel récent : Cass., 30 mars 2010, R.G. n° P.09.1789.N, *T. Strafr.*, 2010, 276, note BEIRNAERT. Voy. Aussi : E. DIRIX, « De vruchten van de giftige boom », in *Liber amicorum Jo Stevens*, Bruges, la Chartre, 2011, pp. 263 et s.

(24) Cass., 10 février 2016, R.G. n° P.15.1505.F. Voy. aussi Cour eur. D.H., 1<sup>er</sup> juin 2010, *Gäfgen c/ Allemagne*, arrêt qui tourne tout entier autour de la problématique de la distinction entre preuves irrégulières et preuves indépendantes, qui pourraient donc être retenues. À ce sujet : M.-A. BEIRNAERT, « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : nouvel état de la question », *op. cit.*, p. 80.

cassation en matière pénale (25). Le premier de ces arrêts, rendu dans le cadre d'une opération policière dénommée « Antigone », a donné un nom à ce courant jurisprudentiel (26). Les juges du fond avaient dû rencontrer le moyen résultant du caractère illicite de la fouille d'un véhicule réalisée par les policiers. La Cour rejette le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel d'Anvers qui avait refusé d'exclure les preuves recueillies à l'occasion de cette fouille. La motivation de l'arrêt de cassation a valeur de principe :

« La circonstance qu'un élément de preuve a été obtenu irrégulièrement a, en règle, uniquement pour conséquence que le juge, lorsqu'il forme sa conviction, ne peut prendre cet élément en considération ni directement ni indirectement :

- soit lorsque le respect de certaines conditions de forme est prescrit à peine de nullité ;
- soit lorsque l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve ;
- soit lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable ».

Dans cet arrêt, la Cour inverse donc totalement la perspective. D'une irrégularité de principe, on passe à une admissibilité de principe, sous la réserve des trois cas cités par la Cour.

Cette jurisprudence a été confirmée à plusieurs reprises par la suite. En particulier, les décisions des chambres néerlandophones de la Cour ont été suivies par les chambres francophones dans l'arrêt *Chocolatier Manon* (27). La jurisprudence de la Cour est devenue constante, à tout le moins dans son principe, même si les modalités ont évolué au fil du temps.

La dernière étape du processus est l'incorporation dans la loi des critères d'appréciation dégagés par la jurisprudence. La loi du 24 octobre

(25) En réalité, ce revirement avait été précédé, dans les années 1990, d'un certain assouplissement de la jurisprudence classique. Je n'aborderai pas cette question, qui intéresse davantage les pénalistes, et renvoie, sur ce point, aux articles de F. Kuty (« La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve, questions spéciales*, coll. CUP, vol. 99, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 7 et s.) et M.-A. Beernaert (« La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », *J.L.M.B.*, 2005, pp. 1094 et s.).

(26) Cass., 14 octobre 2003, *Njw*, 2003, p. 1367, *Pas.*, 2003, p. 1607, concl. DE SWAEF, *RABG*, 2004, p. 333, note SCHUERMANS, *R.C.J.B.*, 2004, p. 405, note KUTY, *Rev. dr. pén.*, 2004, p. 617, concl. DE SWAEF, *R.W.*, 2003-2004, p. 814, concl. DE SWAEF, *T. Strafr.*, 2004, p. 129, note TRAESE.

(27) Cass., 2 mars 2005, *J.T.*, 2005, p. 211, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1086, note BEIRNAERT, *Journ. proc.*, 2005, p. 23, concl. VANDERMEERSCH, note TOUSSAINT, *Pas.*, 2005, p. 505, concl. VANDERMEERSCH, *RABG*, 2005, p. 1161, concl. M.P., note BERNEMAN, *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 668, concl. VANDERMEERSCH, note DE VALKENEEER, *Chron. D.S.*, 2006, p. 10, note. Cet arrêt fait suite à un autre arrêt du 9 juin 2004, rendu dans la même affaire, qui paraissait rester fidèle à la jurisprudence traditionnelle.



2013 a introduit un article 32 dans le titre préliminaire du Code de procédure pénale, qui reprend fidèlement les trois critères d'exclusion de l'arrêt *Antigone*. Les pièces qui ne passent pas le test sont considérées comme nulles.

**8. Confirmation par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour constitutionnelle.** La question de l'écartement des moyens de preuve irréguliers a également été posée devant la Cour européenne des droits de l'homme dans plusieurs affaires<sup>(28)</sup>. L'un de ces arrêts (*Lee Davies*, cité à la note précédente) est particulièrement intéressant, en ce qu'il concerne la Belgique et que la Cour était explicitement invitée à se prononcer sur la jurisprudence *Antigone*.

La Cour a rappelé à diverses reprises que, si l'article 6 garantit le droit à un procès équitable, il ne régleme pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telles, matière qui relève au premier chef du droit interne<sup>(29)</sup>. Elle doit cependant examiner si la procédure, y compris la manière dont les éléments de preuve ont été recueillis, a été équitable dans son ensemble, ce qui implique l'examen de l'« illégalité » en question et, dans le cas où se trouve en cause la violation d'un autre droit protégé par la Convention, de la nature de cette violation. Pour déterminer si la procédure dans son ensemble a été équitable, il faut aussi se demander si les droits de la défense ont été respectés. Il faut rechercher notamment si le requérant s'est vu offrir la possibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve et de s'opposer à son utilisation. Il faut prendre également en compte la qualité de l'élément de preuve, y compris le point de savoir si les circonstances dans lesquelles il a été recueilli font douter de sa fiabilité ou de son exactitude. En revanche, la Cour a jugé que l'exclusion d'une preuve obtenue illégalement s'imposait, afin de préserver l'équité du procès, lorsque l'irrégularité commise touchait certains droits considérés comme parmi les plus fondamentaux de la Convention, notamment l'article 3 de celle-ci. Dans les affaires *Jalloh c/ Allemagne*<sup>(30)</sup>

(28) Voy. not. : Cour eur. D.H., 12 juillet 1988, *Schenk c/Suisse* ; Cour eur. D.H., 12 mai 2000, *Khan c/ Royaume-Uni* ; Cour eur. D.H., 25 septembre 2001, *P.G. et J.H. c/ Royaume-Uni* ; Cour eur. D.H., 5 novembre 2002, *Allan c/ Royaume-Uni* ; Cour eur. D.H., 1<sup>er</sup> mars 2007, *Heglas c/ République tchèque* ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 10 mars 2009, *Bykov c/ Russie* ; Cour eur. D.H., 28 juillet 2009, *Lee Davies c/ Belgique*, J.L.M.B., 2009, p. 1928, RABG, 2010, p. 5, note SCHUERMANS, *Rev. dr. pén.*, 2010, p. 312, note N. COLETTE-BASECQZ, *T. Strafr.*, 2009, p. 289 ; Cour eur. D.H., 18 avril 2015, *Mateius c/ Roumanie*.

(29) Cour eur. D.H., 12 juillet 1988, *Schenk c/ Suisse*, § 45 ; Cour eur. D.H., 9 juin 1998, *Teixeira de Castro c/ Portugal*, § 34, J.L.M.B., 1998, 1149, obs. KUTY ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 11 juillet 2006, *Jalloh c/ Allemagne*, §§ 94-96 ; Cour eur. D.H., 1<sup>er</sup> juin 2010, *Gäfgen c/ Allemagne*, § 163.

(30) *Ibid.*

et *Göcmen c/ Turquie*<sup>(31)</sup>, la Cour a jugé que l'utilisation de preuves recueillies au moyen d'actes qualifiés de torture ou de traitement inhumain et dégradant compromettrait le caractère équitable du procès.

Il peut paraître paradoxal, dans cette jurisprudence, qu'une atteinte à la vie privée (donc une violation de l'article 8) n'entraîne pas automatiquement une violation du principe du procès équitable (art. 6). Plusieurs juges ont émis des opinions dissidentes à ce sujet, estimant que cette jurisprudence violait la force obligatoire de l'article 8<sup>(32)</sup>. Elle porte atteinte à l'homogénéité de la convention, qui n'est plus considérée comme un tout. En outre, quel est encore l'effet dissuasif de l'article 8, alors que l'auteur du manquement sait que les preuves recueillies en violation de la vie privée pourront néanmoins être prises en considération en justice, sans que le procès ne soit vicié ?

La Cour constitutionnelle, par un arrêt du 22 décembre 2010, s'est appropriée explicitement la jurisprudence strasbourgeoise<sup>(33)</sup>. La Cour a relevé que l'utilisation d'une preuve irrégulièrement obtenue ne viole pas automatiquement le droit à un procès équitable. Ni l'article 8 CEDH, qui garantit le respect de la vie privée, ni l'article 22 de la Constitution, qui tend aux mêmes fins, ne postulent la nullité ou l'écartement systématique d'une preuve qui y porterait atteinte à ce principe. La Cour de cassation a repris textuellement cet enseignement<sup>(34)</sup>.

**9. Caractère exhaustif des critères Antigone en matière pénale.** On pouvait se demander si les trois critères « classiques » de la jurisprudence *Antigone* étaient limitatifs. La question était d'autant plus pertinente que la Cour de cassation elle-même en a ajouté un quatrième : l'irrégularité qui emporte une violation d'une forme substantielle touchant à l'organisation des cours et tribunaux, en particulier lorsque cette irrégularité provient de ce que le juge qui a autorisé la mesure litigieuse était incompétent<sup>(35)</sup>. Dans le cadre des travaux parlementaires qui ont précédé l'adoption du nouvel article 32 TPCPP, la Cour de cassation a remis un avis écrit, qui a recommandé l'introduction de ce quatrième critère d'exclusion dans la

(31) 17 octobre 2006.

(32) Voy. les opinions dissidentes, dans les affaires *Khan c/ Royaume-Uni* (12 mai 2000), *P.G. et J.H. c/ Royaume-Uni* (25 septembre 2001) et *Bykov c/ Russie* (10 mars 2009).

(33) C.C., 22 décembre 2010, arrêt 158/2010, J.L.M.B., 2011, p. 298, R.W., 2010-2011, p. 895.

(34) Cass., 19 avril 2016, R.G. n° P.15.1639.N ; Cass., 5 janvier 2016, R.G. n° P.15.1103.N, R.W., 2015-2016 (sommaire), p. 1460, note DE TROYER, et VANDENBERGHE, *T. Strafr.*, 2016, p. 231, note MEGANCK.

(35) Cass., 24 avril 2013, R.G. n° P.12.1919.F, *Rev. dr. pén. crim.*, 2013, p. 998, note C. DE VALKENEEER, J.T., 2013, p. 416, note L. KENNES, R.A.B.G., 2013, p. 1013, note V. VEREECKE, *Chron. D.S.*, 2013, p. 410, note Ch.-E. CLESSE.



loi. Le législateur n'a toutefois pas suivi et la loi ne reprend que les trois critères traditionnels. Par la suite, la Cour de cassation, reconnaissant la primauté de la loi sur sa jurisprudence, s'est inclinée et a consacré le caractère limitatif des critères énoncés par la loi (36).

## § 2. La jurisprudence Antigone en matière fiscale

**10. Position de la Cour de cassation.** La jurisprudence Antigone a fait irruption dans la matière fiscale par un arrêt de cassation du 22 mai 2015 (37). Confrontée à des preuves irrégulières utilisées par l'administration, la Cour refuse un rejet systématique, tout comme en matière pénale. Elle expose : « Sauf lorsque le législateur prévoit des sanctions particulières, l'utilisation d'une preuve obtenue illégalement en matière fiscale ne peut être écartée que si les moyens de preuve sont obtenus d'une manière tellement contraire à ce qui est attendu d'une autorité agissant selon le principe de bonne administration que cette utilisation ne peut en aucune circonstance être admise, ou si celle-ci porte atteinte au droit du contribuable à un procès équitable ».

Cet arrêt est intéressant, outre le fait qu'il exporte la jurisprudence Antigone dans un autre domaine du droit, en ce qu'il adapte les critères traditionnels à la matière fiscale. Si le critère classique de l'atteinte au procès équitable est maintenu, la Cour y ajoute le respect du comportement « attendu d'une autorité agissant selon le principe de bonne administration ». On voit donc que, si les critères sont cadenassés par la loi en matière pénale, la Cour les modifie lorsqu'elle quitte la sphère répressive et étend la jurisprudence à d'autres domaines.

**11. Position de la Cour de justice de l'Union européenne.** La jurisprudence Antigone fiscale n'a pas connu une grande prospérité. À peine prononcée, la solution admise par la Cour de cassation est remise en cause par une décision de la Cour de justice de l'Union européenne du 17 décembre 2015 (38). La Cour statue sur une question préjudicielle d'une

(36) Cass., 5 janvier 2016, R.G. n° P.15.1103.N ; Cass., 23 septembre 2015, R.G. n° P.14.0238.F, *Dr. pén. entr.*, 2015, p. 293, concl. (extrait) VANDERMEERSCH, *J.L.M.B.*, 2016, p. 759, note BEERNAERT, *Rev. dr. pén.*, 2016, p. 72, concl. VANDERMEERSCH.

(37) Cass., 22 mai 2015, R.G. n° F.13.0077.N, *Cour. fisc.*, 2015, p. 827, note S. SABLON, *F.J.F.*, 2015 (sommaire), p. 311, *J.L.M.B.*, 2016, p. 917, *RABG*, 2015, p. 1352, note J. VANDEN BRANDEN, *R.G.C.F.*, 2015, p. 459, note P. DHAeyer, *R.W.*, 2015-2016, p. 1460, note I. DE TROYER et L. VANDENBERGHE, *T.F.R.*, 2015, p. 682, note W. VETTERS et J. BONNE.

(38) C.J.U.E., 17 décembre 2015, aff. C-419/14, *WebMindLicenses (WML)*, *J.T.*, 2016, p. 401, note F. KONING, *T.F.R.*, 2016, p. 342, note P. DE VOS et D. VERBEKE.

juridiction hongroise concernant l'application de différents instruments du droit de l'Union en matière de TVA. Dans cette affaire, elle a à se prononcer sur l'utilisation régulière par l'Administration fiscale du résultat d'interceptions téléphoniques et de courriers électroniques provenant du dossier répressif relatif à une affaire toujours en cours. La Cour conclut que les preuves recueillies en violation d'un droit garanti par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doivent être écartées par le juge national, statuant dans le cadre d'une procédure fiscale. La doctrine exulte et parle d'anéantissement de la jurisprudence Antigone fiscale (39). Le propos est peut-être excessif mais il y a en tout cas un sérieux recadrage. On constate en effet que, contrairement à la Cour des droits de l'homme, la Cour de justice érige toute violation d'un droit garanti par la Charte, dont le droit au respect de la vie privée (art. 7), en cause d'exclusion de la preuve. Je reparlerai plus loin de cet arrêt, pour en examiner la portée dans la matière qui nous occupe.

## SECTION 3.

### LA JURISPRUDENCE ANTIGONE EN MATIÈRE CIVILE

#### § 1. Évolution de la jurisprudence

**12. Opportunité de transposer la jurisprudence Antigone en matière civile.** La doctrine était divisée quant à l'application de cette jurisprudence dans des rapports purement privés (40). Certains auteurs ont relevé la discordance entre droit civil et droit pénal, avec cet effet gênant que les preuves seraient appréciées différemment suivant que le demandeur fait choix de déposer plainte ou d'agir au civil (41). En réalité, les différences

(39) F. KONING, « Mort de la transposition en matière fiscale de la jurisprudence pénale Antigone ? », *J.T.*, 2016, pp. 397 et s. ; P. DE VOS et D. VERBEKE, « Beperkt het Handvest van de grondrechten van de EU de toepassing van de Antigondoctrine in fiscalibus ? », *T.F.R.*, 2016, pp. 356 et s. ; S. GNEDASJ, « Hof van Justitie zet Antigoon buiten spel », *Fisc. Act.*, 2016/3, pp. 1 et s.

(40) Voy. not. : J.-Fr. LECLERCQ et D. DE ROY, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de protection de la vie privée dans le cadre des relations de travail », in *Vie privée du travailleur et prérogatives patronales*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 2005, pp. 12-13 ; O. MORENO et S. VAN KOEKENBEEK, « Les enjeux de la vie privée au travail et sa dynamique de l'entreprise », in *Actualités du droit de la vie privée*, coll. UB<sup>3</sup>, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 39 et s., n° 32 ; K. WAGNER, « Actualia burgerlijk bewijsrecht » *R.D.J.P.*, 2009, pp. 153 et s. ; D. MOUGENOT, « Humphrey Bogart au XXI<sup>e</sup> siècle : la preuve par production d'un rapport de détective privé », *R.R.D.*, 2008, pp. 242 et s., n° 6 ; F. HENDRICKS, « Privacy op het werk en bewijs van onrechtmatig gedrag : (spookt) Antigoon in het arbeidsrecht ? », *Rev. dr. soc.*, 2006, pp. 659 et s.

(41) B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte », *Gerechtigd recht*, coll. Themis, n° 59, Bruges, la Charte, 2010, pp. 35 et s., n° 31.



de traitement sont admissibles lorsqu'elles sont justifiées. Donc, la simple constatation que les règles de l'administration de la preuve seraient différentes en matière pénale et en matière civile est insuffisante pour conclure qu'il y a une discrimination injustifiée. La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu que les impératifs du procès équitable n'étaient pas les mêmes en procédure civile et procédure pénale (42). Toutefois, cela devrait entraîner une application des règles du procès équitable plus stricte en matière pénale qu'en matière civile, et pas l'inverse (43). En France, la jurisprudence de la Cour de cassation relative au traitement des preuves illicites est très différente en matière civile et en matière pénale. Si la Cour admet quelques assouplissements à l'exigence de licéité des preuves en procédure pénale, elle reste plus stricte sur cette question en matière civile, même si une évolution se dessine également dans ce domaine (44).

En fait, tout est question d'angle de vue. C'est la problématique du verre à moitié vide ou à moitié plein. La matière pénale est d'ordre public. Cela justifierait que, dans le cadre de la répression des infractions, des irrégularités mineures affectant les preuves recueillies ne soient pas retenues, au regard de cet objectif majeur qu'est la protection de la population contre les infractions (45). Cette justification ne serait pas de mise dans le cadre de manquements affectant des relations entre personnes privées. Mais, sous un autre angle, on pourrait rétorquer que, si l'on admet que des preuves recueillies illégalement peuvent être utilisées pour priver des individus de liberté, pourquoi empêcher l'utilisation de ces preuves pour infliger des sanctions nettement moins contraignantes, telles que l'allocation de dommages-intérêts ou la résolution d'une convention (46) ? Par ailleurs, si la matière civile et commerciale ne touche en général qu'à des intérêts privés, il ne faut pas gratter très profondément pour faire réapparaître l'ordre public. La protection des intérêts particuliers peut servir l'intérêt général (47). Ainsi, on ne pourrait admettre que des fraudes généralisées

(42) Cour eur. D.H., 27 octobre 1993, *Dombo Beheer BV c/ Pays-Bas*, § 32.

(43) Cour eur. D.H., 9 mars 2004, *Pitkänen c/ Finlande*, § 59. Sur une application plus stricte pour des infractions plus graves, voy. : M.-A. BEERNAERT, « Antigone, le prince et "l'idéal de justice" », *J.L.M.B.*, 2014, p. 1375.

(44) Ph. BONFILS, note sous Cass., fr., 2 octobre 2004, *Dall.*, 2005, p. 124 ; J. MESTRE et B. FAGES, « Examen de jurisprudence – obligations en général », *RTD civ.*, 2005, p. 135 ; S. GUINCHART et C. CHAINAIS *et al.*, *Droit processuel*, op. cit., n° 543 et 544 ; F. KÉFER, « L'admissibilité de la preuve en droit civil et en droit pénal », op. cit., pp. 199 et s., n° 38.

(45) V. PERROCHEAU, « Les fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves », *LPA*, 2002, pp. 6 et s., spéc. p. 12.

(46) F. KÉFER, « Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité des preuves », *R.C.J.B.*, 2009, pp. 333 et s., n° 24.

(47) B. DOQUIR, *Le droit de la vie privée*, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 198.

remettent en cause la force obligatoire des conventions parce que cela minerait l'ensemble des relations économiques entre individus et entreprises. Ce sont donc les règles de base de la vie en société qui seraient en danger.

Plusieurs auteurs ont fait observer qu'une trop grande sévérité dans l'exclusion des preuves illicites gomme complètement les manquements ou déloyautés commis par la personne contre qui on veut prouver (48). À tout le moins, la jurisprudence Antigone a-t-elle le mérite d'éviter que des filous n'empochent les résultats de leur activité frauduleuse. Mais, en excluant cette sanction particulièrement efficace qu'est l'écartement de la preuve illicite, ne va-t-on pas assister à des dérapages ? Une partie pourrait spéculer sur l'avantage qu'elle pourra tirer de l'utilisation d'une preuve illicite, avantage parfois bien faiblement contrebalancé par la peur d'une improbable sanction pénale ou de dommages-intérêts, sans commune mesure avec les bénéfices de l'opération.

Certains auteurs ont fait enfin observer qu'une application différenciée au pénal et au civil ferait apparaître des effets pervers, observables d'ailleurs en France (49). Chaque fois qu'une incrimination pénale serait envisageable, le demandeur déposerait systématiquement plainte, espérant voir ainsi ses preuves douteuses plus facilement admises que s'il agissait directement au civil. La justice répressive serait ainsi instrumentalisée au profit de l'administration de la preuve. Cet argument, même s'il est purement pragmatique, est assez convaincant et invite à uniformiser les régimes de preuve civil et pénal.

**13. L'arrêt de cassation du 10 mars 2008.** Un arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 2008 va poser un jalon important dans ce débat (50).

Un chômeur est sanctionné par l'ONEM parce qu'il travaille en noir. Il apparaît que l'ONEM s'est fondé sur un procès-verbal de police, qui lui a été communiqué sans autorisation du Procureur général. Les juges du fond ont annulé la décision de l'ONEM, au motif qu'elle se fonde sur une

(48) B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte », *Gerechtigd recht*, op. cit., pp. 35 et s., n° 28 et s. ; K. WAGNER, « Actualia burgerlijk bewijsrecht », *R.D.J.P.*, 2009, pp. 153 et s., p. 156 ; V. PERROCHEAU, « Les fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves », *LPA*, 2002, pp. 6 et s., spéc. p. 12 ; Th. LÉONARD et K. ROSIER, « La jurisprudence "Antigone" face à la protection des données : salvatrice ou dangereuse ? », *R.D.T.I.*, 2009, pp. 5 et s., n° 5.

(49) F. KÉFER, « L'admissibilité de la preuve en droit civil et en droit pénal », *R.D.S.*, 2013, pp. 199 et s., n° 41 ; B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour "Antigoon" », *J.T.*, 2012, pp. 165 et s., n° 25.

(50) Cass., 10 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 580, note DE BAERDEMAEKER, *NjW*, 2010, p. 195, note VAN KILDONCK, *Ors.*, 2008 (reflet Plets), p. 27 ; *Pas.*, 2008, p. 652, *R.C.J.B.*, 2009, p. 325, note KÉFER.

preuve illégale. Sur pourvoi de l'ONEM, la Cour casse l'arrêt en reprenant la motivation suivante :

« Sauf si la loi prévoit expressément le contraire, le juge peut examiner l'admissibilité d'une preuve illicitement recueillie à la lumière des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques en tenant compte de tous les éléments de la cause, y compris de la manière suivant laquelle la preuve a été recueillie et des circonstances dans lesquelles l'irrégularité a été commise.

Sauf en cas de violation d'une formalité prescrite à peine de nullité, la preuve illicitement recueillie ne peut être écartée que si son obtention est entachée d'un vice qui est préjudiciable à sa crédibilité ou qui porte atteinte au droit à un procès équitable.

Le juge qui procède à cette appréciation peut notamment tenir compte d'une ou de plusieurs des circonstances suivantes : le caractère purement formel de l'irrégularité, sa conséquence sur le droit ou la liberté protégés par la règle violée, la circonstance que l'autorité compétente pour la recherche, l'instruction et la poursuite des infractions a commis ou n'a pas commis l'irrégularité intentionnellement, la circonstance que la gravité de l'infraction excède manifestement celle de l'irrégularité, le fait que la preuve illicitement recueillie porte uniquement sur un élément matériel de l'infraction, le fait que l'irrégularité qui a précédé ou contribué à établir l'infraction est hors de proportion avec la gravité de l'infraction ».

**14. L'étendue du champ d'application de l'arrêt.** Cet arrêt reprend la motivation classique des arrêts pénaux. Or, le droit pénal est d'ordre public. Dès lors, on peut se demander si l'arrêt de 2008 s'applique de manière généralisée à toute la matière civile, prise au sens le plus large du terme (civil, économique, social) ou si cet enseignement doit être limité aux domaines qui touchent à l'ordre public. La rédaction de l'arrêt et le contexte dans lequel il avait été rendu pouvaient nourrir certains doutes à ce sujet. Il traite d'une infraction à la réglementation du chômage. On se situe dans une matière d'ordre public, de nature quasi-pénale<sup>(51)</sup>. La Cour ferait-elle preuve d'une même indulgence à l'égard de preuves recueillies

(51) S. GILSON et K. ROSIER, « La preuve irrégulière : quand Antigone ouvre la boîte de Pandore », *Chron. D.S.*, 2010, pp. 289 et s., n° 3 ; Th. LÉONARD et K. ROSIER, « La jurisprudence "Antigone" face à la protection des données : salvatrice ou dangereuse ? », *op. cit.*, n° 3 ; J.-Fr. NEVEN et H. MORMONT, « Cumul des sanctions administrative et pénale en matière de chômage : la Cour de cassation ignore-t-elle la jurisprudence de Strasbourg sur l'identité d'infraction ? », *J.T.*, 2011, pp. 651 et s., n° 17 et 18.

illicitement dans un litige qui ne touche qu'à des intérêts purement privés ? La manière dont la Cour s'est exprimée est troublante. Il s'agit d'un véritable « copier-coller » de la motivation des arrêts prononcés en matière pénale. Ainsi, la Cour fait-elle référence à « l'autorité compétente pour la recherche, l'instruction et la poursuite des infractions » ou à « l'élément matériel de l'infraction », termes qui ressortissent manifestement de la sphère pénale. Le terme « infraction » lui-même devrait être remplacé dans bon nombre de cas par une terminologie plus adaptée : manquements ou fautes, par exemple. Dans les rapports privés, il n'y a pas d'autorité chargée de la recherche des infractions, alors qu'elles existent en matière de chômage. Dans le contexte précis de l'arrêt, l'expression pouvait donc se justifier. Cette formulation plaiderait donc plutôt pour une portée plus limitée de l'arrêt<sup>(52)</sup>.

La majorité des commentateurs considère toutefois qu'il s'agit d'un arrêt de principe, appelé à s'appliquer de manière générale en droit civil<sup>(53)</sup>. La décision attaquée indiquait expressément que la jurisprudence Antigone était inapplicable en matière civile. Le moyen lui reprochait d'avoir nié la dimension d'ordre public du droit de la sécurité sociale. Il est vrai que la Cour n'entre absolument pas dans ces considérations et énonce le principe de manière tout à fait générale. F. Kéfer fait observer que le sommaire à la *Pasicrisie* indique « Preuve-matière civile-généralités »<sup>(54)</sup>. Il s'agit d'un indice de plus mais il est extrinsèque et postérieur au prononcé de l'arrêt lui-même.

(52) En ce sens, outre les auteurs cités à la note précédente : D. MOUGENOT, « Antigone face aux juges civils. L'appréciation de preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles », *D.A./O.R.*, 2013, pp. 240 et s. ; O. RIJCKAERT, « Antigone, en arrière toute ? », *Chron. D.S.*, 2013, pp. 111 et s. ; H. BUYSSENS, « Ontslag om dringende reden », in M. RIGAUX et W. RAUWS (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, t. 8, Antwerpen, Intersentia, 2010, pp. 222 et s.

(53) F. KÉFER, « Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité des preuves », *op. cit.*, pp. 333 et s., n° 9 ; F. KÉFER, « La légalité de la preuve confrontée au droit à la vie privée du salarié », in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, coll. CUP, vol. 126, Limal, Anthemis, 2011, pp. 191 et s., n° 24 ; R. DE BAERDEMAEKER, « Admissibilité d'une preuve illicitement recueillie : quand la fin justifie les moyens... », *J.L.M.B.*, 2009, p. 585 ; O. MORENO et S. VAN KOEKENBEEK, « Les enjeux de la vie privée au travail et sa dynamique de l'entreprise », in *Actualités du droit de la vie privée*, coll. UB<sup>3</sup>, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 39 et s., n° 32 ; I. VERHELST et N. THOLEN, « Over privacy, controle en (on)rechtmatig verkregen bewijs », *Ors*, 2008, pp. 197 et s., spéc. p. 205 ; J. VAN COMPENOLLE, « L'incidence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'administration de la preuve dans le procès civil », in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, coll. CUP, vol. 126, Limal, Anthemis, 2011, pp. 7 et s., n° 10 ; B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour "Antigoon" », *J.T.*, 2012, pp. 165 et s., n° 22.

(54) F. KÉFER, « L'admissibilité de la preuve en droit civil et en droit pénal », *R.D.S.*, 2013, pp. 199 et s., n° 17.



Autre question. J'ai relevé plus haut<sup>(55)</sup> que la doctrine et la jurisprudence classiques avaient tendance à traiter de la même manière des preuves recueillies de manière illicite et des preuves recueillies de manière licite mais déloyale. Les preuves déloyales devraient-elles être aussi soumises à la jurisprudence Antigone ? L'arrêt de mars 2008 ne parle que des preuves « illicitement recueillies ». Prise à la lettre, cette expression devrait limiter l'application de la jurisprudence Antigone aux seules preuves contraires à la loi. Mais, dans la mesure où l'on met sur le même pied illicéité et déloyauté, on n'aperçoit pas pourquoi les preuves déloyales devraient être traitées différemment.

**15. L'arrêt de cassation du 10 novembre 2008.** C'est évidemment la répétition de cette jurisprudence qui aurait permis de lever tous les doutes à ce sujet. Dans le cadre de la jurisprudence Antigone pénale, les chambres francophones de la Cour avaient assez rapidement suivi les chambres néerlandophones qui ont prononcé les premiers arrêts. En matière civile toutefois, un arrêt prononcé le 10 novembre 2008<sup>(56)</sup> a pu donner l'impression que la Cour abandonnait la percée de l'arrêt du 10 mars 2008 et revenait à une jurisprudence plus classique. En l'occurrence, elle avait écarté une correspondance, au motif que la partie qui l'invoquait ne démontrait pas qu'elle était entrée régulièrement en possession de cette pièce.

Toutefois, la majorité des auteurs considère que cette décision est sans pertinence<sup>(57)</sup>. En effet, le moyen soulevé ne se fondait pas du tout sur la jurisprudence Antigone mais partait, au contraire, du principe classique en vertu duquel les preuves recueillies irrégulièrement devaient être écartées. Selon ces auteurs, le pouvoir d'appréciation de la Cour était limité par la rédaction du moyen. Rien n'empêchait toutefois la Cour de rejeter le moyen comme manquant en droit si elle estimait que son fondement n'était pas conforme à l'état du droit. Il est vrai qu'il s'agissait d'une simple faculté et que le fait de ne pas l'avoir exercée ne signifie pas que la Cour rejetait implicitement la jurisprudence nouvelle. Si j'ai écrit qu'il existait

<sup>(55)</sup> Voy. *supra*, n° 3.

<sup>(56)</sup> Cass., 10 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 347, *J.T.T.*, 2009, p. 18.

<sup>(57)</sup> F. KÉFER, « Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité des preuves », *op. cit.*, pp. 333 et s., n° 10 ; B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken in recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte », *op. cit.*, pp. 35 et s., n° 36 ; J. VAN COMPERNOLLE, « L'incidence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'administration de la preuve dans le procès civil », in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, coll. CUP, vol. 126, Limal, Anthemis, 2011, pp. 7 et s., n° 10, note 36 (avec une coquille : il faut y lire « 10 novembre 2008 » et non « 10 mars 2008 ») ; J. VAN DONINCK, *Onrechtmatig bewijs in civiele zaken*, Anvers, Intersentia, 2011, n° 33, p. 14, note 50 ; à l'inverse, K. Van Kildonck considère que cet arrêt indique que les chambres francophones se démarquent de la jurisprudence Antigone en matière civile, « Privacy werknemers », *NjW*, 2010, pp. 180 et s., n° 10.

une véritable discordance entre les deux arrêts<sup>(58)</sup>, je pense que cette opinion doit être tempérée et que l'arrêt du 10 novembre 2008 n'apporte en fait pas grand-chose à la discussion.

**16. Consécration de la jurisprudence Antigone dans la jurisprudence des juges du fond en matière civile après l'arrêt du 10 mars 2008.** Le moins que l'on puisse dire est que la jurisprudence Antigone pénale n'a, dans un premier temps, pas provoqué beaucoup de vagues auprès des juridictions civiles. La plupart ont continué à appliquer la jurisprudence classique écartant les preuves illicites<sup>(59)</sup>. Certaines juridictions ont pris la peine d'indiquer que la jurisprudence Antigone n'était pas transposable et ne concernait que la matière pénale<sup>(60)</sup>. Toutefois, après l'arrêt du 10 mars 2008, le tableau s'est modifié. La plupart des juges du fond confrontés à la question ont fait application de la jurisprudence Antigone.

On peut constater, à la lecture de ces décisions, que la majorité des juges qui appliquent la jurisprudence Antigone ne font aucune distinction entre matière d'ordre public et d'ordre privé<sup>(61)</sup>. Il s'agit, la plupart du temps, de décisions implicites : les juridictions n'abordent pas la question du champ d'application de l'arrêt du 10 mars 2008. Peut-être les juges n'ont-ils pas aperçu le problème. La cour du travail de Mons a cependant examiné expressément la question mais considère qu'il n'y a pas lieu à

<sup>(58)</sup> D. MOUGENOT, « Antigone face aux juges civils. L'appréciation de preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles », *D.A./O.R.*, 2013, pp. 240 et s., n° 12.

<sup>(59)</sup> C. trav. Bruxelles, 10 février 2004, *Chron. D.S.*, 2006, p. 141 ; C. trav. Bruxelles, 14 décembre 2004, *Chron. D.S.*, 2006, p. 143 ; Anvers, 27 juin 2005, *R.W.*, 2006, p. 1507, note MERTEIS ; T. pol. Bruges, 15 septembre 2005, *T.G.R.*, 2005, p. 334, *D.A./O.R.*, 2007, p. 328, *CRA*, 2006, p. 659 ; Gand, 12 janvier 2006, *T.G.R.*, 2006, p. 117 ; Gand, 11 février 2006, *T.G.R.*, 2006, p. 117 ; Gand, 6 septembre 2006, *D.A./O.R.*, 2007, p. 326 ; C. trav. Liège (section Namur), 11 janvier 2007, R.G. n° 8038/06, *www.juridat.be* ; C. trav. Mons, 22 mai 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 177, *R.D.T.I.*, 2008, p. 229, note GILSON et ROSIER ; C. trav. Mons, 18 février 2008, *R.D.T.I.*, 2008, p. 229, note GILSON et ROSIER, *R.G.C.F.*, 2008, p. 463.

<sup>(60)</sup> C. trav. Bruxelles, 15 juin 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 392 ; Trib. trav. Liège, 6 mars 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 389.

<sup>(61)</sup> Trib. trav. Gand, 1<sup>er</sup> septembre 2008, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2009, p. 275 ; C. trav. Anvers, 2 septembre 2008, inédit, cité par K. VAN KILDONCK, « Privacy werknemers », *op. cit.*, n°s 18 et 19 ; Trib. trav. Audenarde, 3 février 2009, *Chron. D.S.*, 2010, p. 396 ; C. trav. Mons, 14 septembre 2009, *R.R.D.*, 2008, p. 535 ; Mons, 2 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 296, note MOUGENOT, *J.L.M.B.*, 2012, p. 492 ; Gand, 18 mars 2010, *Rev. dr. santé*, 2010-2011, p. 398, note DEFLOOR ; C. trav. Gand, 28 juin 2010, *J.T.T.*, 2011, p. 366 ; C. trav. Liège, 10 septembre 2010, R.G. n° 36.362/09, *www.juridat.be* ; C. trav. Liège, 20 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1899 ; C. trav. Liège, 14 décembre 2010, R.G. n° 2009/AN/8833 ; C. trav. Liège, 8 mars 2011, *Chron. D.S.*, 2011, p. 404 ; C. trav. Bruxelles, 9 août 2011, *Chron. D.S.*, 2012, p. 468 ; C. trav. Anvers, 23 novembre 2011, *NjW*, 2012, p. 550 ; C. trav. Bruxelles, 3 septembre 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 497 ; Gand, 7 novembre 2013, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 356 ; C. trav. Bruxelles, 7 janvier 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 166.



limiter l'application de l'arrêt du 10 mars 2008 à la matière de la sécurité sociale (62).

**17. Retour en arrière.** On aurait donc pu croire que la jurisprudence Antigone était définitivement acclimatée en matière civile, sans qu'il y ait lieu de faire de distinction entre ordre public et ordre privé. C'est sans compter un spectaculaire revirement.

Dans un arrêt du 7 février 2013 (63), la cour du travail de Bruxelles reprend à son compte l'opinion doctrinale minoritaire concernant la différence entre ordre public et ordre privé. Elle considère que les critères énoncés par la Cour de cassation dans le cadre de la jurisprudence Antigone sont conçus pour le droit pénal. Elle évoque la terminologie très « pénale » de l'arrêt du 10 mars 2008. Elle ajoute : « La Cour de cassation n'a certainement pas voulu qu'un employeur puisse impunément porter atteinte à des droits et libertés aussi fondamentaux que ceux garantis par les dispositions légales rappelées plus haut (64), ainsi qu'à la C.C.T. n° 81, à seule fin de pouvoir établir un motif grave qu'aurait commis un travailleur et qui n'est même pas constitutif d'une infraction pénale, d'autant plus que l'employeur n'est pas une "autorité compétente pour la recherche, l'instruction et la poursuite des infractions" ». S'agissant d'une jurisprudence isolée à l'époque, j'ai évoqué, dans le commentaire de cet arrêt (65), un « combat d'arrière-garde » en faveur de la distinction ordre public/ordre privé. La cour a cependant confirmé sa jurisprudence dans un arrêt du 4 août 2016 (66).

L'application sans nuances de la jurisprudence Antigone en matière civile est remise en cause dans un deuxième arrêt en 2015, rendu par la cour du travail de Liège (67). La cour rappelle que l'arrêt du 10 mars 2008 a été rendu dans une affaire de répression du travail en noir, c'est-à-dire une matière où le contrevenant risque une « sanction d'exclusion de nature pénale ». Le litige qui était soumis à la cour du travail de Liège portait sur une évaluation du taux d'incapacité. Elle ne le dit pas expressément mais paraît donc considérer que la jurisprudence Antigone est inapplicable

(62) C. trav. Mons, 8 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 715, *Chron. D.S.*, 2011, p. 399, note RIJCKAERT. Jurisprudence confirmée dans un arrêt du 10 juin 2015 de la même juridiction (*J.T.T.*, 2016, p. 77).

(63) C. trav. Bruxelles, 7 février 2013, *J.T.*, 2013, p. 262, note MOUGENOT, *Ors.*, 2013, p. 25, *Or.*, 2013 p. 131, *Chron. D.S.*, 2013, p. 106, note RIJCKAERT.

(64) Il s'agit not. de l'article 8 CEDH.

(65) D. MOUGENOT, « Antigone : suite et pas fin... », *J.T.*, 2013, pp. 267 et s., n° 7.

(66) C. trav. Bruxelles, 4 août 2016, *J.T.T.*, 2016, p. 390. Cet arrêt se borne à énoncer le principe mais relève ensuite que les preuves irrégulières n'ont eu qu'une incidence marginale sur la solution du litige.

(67) C. trav. Liège, 6 février 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 298, *Chron. D.S.*, 2016, p. 37.

dans les litiges d'ordre privé. Elle examine cependant le critère du respect du procès équitable mais *dans le chef de la partie qui souhaite produire la preuve*, c'est-à-dire à l'opposé du critère Antigone classique. En effet, dans le cadre du test Antigone, le tribunal doit vérifier si la production de la preuve ne viole pas le droit au procès équitable de la partie *contre qui on souhaite prouver*. La cour n'applique donc pas le test Antigone à proprement parler.

Enfin, la cour du travail de Bruxelles (68) aborde la question sous un autre angle, également en 2015. Elle se fonde cette fois sur la distinction entre preuves illégales par nature et preuves acquises illégalement (69). Elle considère que la jurisprudence Antigone ne peut s'appliquer qu'aux secondes. Les preuves illégales devraient donc être écartées d'emblée, sans application du test Antigone. Cette distinction n'apparaissait nulle part dans la jurisprudence antérieure mais s'autorise de la rédaction de l'arrêt du 10 mars 2008. La Cour de cassation évoque en effet les « preuves illicitement recueillies ». Prise à la lettre, cette expression ne concerne effectivement que les preuves acquises de manière illégale et non pas les preuves illégales « *in se* ». Toutefois, à défaut d'autres considérations, il n'est pas certain que la Cour de cassation ait entendu utiliser cette distinction dans sa décision (70).

On voit donc que le message renvoyé par la jurisprudence est brouillé. Il y avait unanimité à appliquer la jurisprudence Antigone à toute la matière civile jusqu'en 2013. Depuis lors, des arrêts en sens divers ont été prononcés par plusieurs cours du travail. Sur un plan strictement numérique, cette jurisprudence reste minoritaire par rapport aux nombreuses décisions qui ne font pas de distinction entre matière « quasi-pénale » et matière civile, intérêt public et intérêts privés ou encore preuves illégales et preuves acquises illégalement. Toutefois, ces décisions, rendues par des juridictions d'appel, augmentent la confusion quant au champ d'application de la jurisprudence Antigone en matière civile.

(68) C. trav. Bruxelles, 12 juin 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 364.

(69) Voy. *supra*, n° 2.

(70) B. ALLEMEERSCH, le « père » de cette distinction, estime que la jurisprudence Antigone doit également s'appliquer aux preuves illégales, autant qu'aux preuves acquises illégalement (B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour "Antigone" », *op. cit.*, pp. 165 et s., n° 28).



## § 2. Le « test Antigone » – les critères proposés par la Cour de cassation

### a) Les critères principaux

**18. Le principe général.** Nous avons vu qu'en matière fiscale, la Cour a adapté les critères de la jurisprudence pénale pour les mettre en conformité avec le contexte fiscal. Toutefois, à l'heure actuelle, les seuls critères proposés par la Cour de cassation en matière civile sont ceux de l'arrêt du 10 mars 2008. Ceux-ci sont une reproduction servile des critères pénaux. Ils pouvaient être considérés comme adaptés dans le contexte tout à fait particulier de l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt (répression du travail en noir) mais en sont pas généralisables à toute la matière civile. Dès lors, la question de l'opportunité de rechercher d'autres critères, plus spécifiques à un conflit entre personnes privées, reste posée mais est actuellement sans réponse.

**19. Le non-respect des formes prescrites à peine de nullité.** Le premier critère est le suivant : « Sauf en cas de violation d'une formalité prescrite à peine de nullité, la preuve illicitement recueillie ne peut être écartée que [...] ».

Ce critère surprend à un double titre.

Tout d'abord, en ce qui concerne l'administration de la preuve en matière civile, il existe très peu de formalités prescrites à peine de nullité. Le droit judiciaire prévoit des cas de nullité en matière d'expertise (absence de signature ou de formule de serment, contrariété à la loi de 1935 sur l'emploi des langues) ou d'enquête (art. 961 C. jud.). En dehors de ces cas, on n'aperçoit pas comment le mode d'obtention d'un instrument de preuve pourrait conduire à son annulation. C'est dire que les cas où le juge devra écarter une preuve parce qu'elle aura été recueillie en violation de formalités prescrites à peine de nullité ne sont pas légion. Les auteurs spécialisés en droit social relèvent également que les violations de la vie privée (des travailleurs – mais la solution peut être étendue à d'autres catégories) ne sont pas sanctionnées par la nullité d'un acte<sup>(71)</sup>.

(71) S. LACOMBE, « Antigone : évolution en droit social – à la source de Manon », *op. cit.*, pp. 43 et s., n° 40 ; K. ROSIER, « Droit social et recevabilité de la preuve : quelques réflexions sur l'évolution de la jurisprudence en la matière », in B. FOSSÉPREZ et A. PÜTZ (coord.), *La preuve au carrefour de cinq disciplines juridiques*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 43 et s., spéc. p. 51 ; Y.S. VAN DER SIPE, « Antigoon gesust: Het privédetectiveverslag als bewijs in (on)rechte », *Ors.*, 2015, pp. 212 et s., spéc. p. 223. En revanche, il existe quelques textes sanctionnés par la nullité en droit pénal social : F. KÉFER, « L'admissibilité de la preuve en droit civil et en droit pénal », *op. cit.*, pp. 199 et s., n° 22.

Ensuite, la manière dont la phrase est tournée donne à penser que le pouvoir d'appréciation du juge est limité lorsqu'il y a violation d'une formalité prescrite à peine de nullité. En effet, dans ce cas, le juge n'a pas à vérifier si l'obtention de la preuve est viciée ou si la partie qui invoque l'irrégularité a subi un préjudice. Cette affirmation est troublante parce que, en procédure civile, le pouvoir d'appréciation du juge en matière de nullité est en principe bien plus grand qu'en matière pénale. Depuis la loi « Pot-Pourri I », le droit judiciaire privé ne connaît plus que des nullités relatives, inconnues en procédure pénale, où tout est d'ordre public. Le juge peut donc apprécier si la nullité cause un grief à celui qui l'invoque. Dans ces conditions, on ne comprend pas bien la formulation employée par la Cour. S'agit-il d'une transposition sans nuance de la formulation pénale ?

**20. L'absence de fiabilité de la preuve.** La Cour poursuit : « [...] la preuve illicitement recueillie ne peut être écartée que si son obtention est entachée d'un vice qui est préjudiciable à sa crédibilité ».

Plusieurs commentateurs ont fait observer que, si certains modes de preuve sont peu fiables et offrent une valeur probante moyenne ou limitée, cela tient aux limites intrinsèques de ces modes de preuve et non à l'irrégularité commise durant l'administration de la preuve<sup>(72)</sup>. Dans l'état actuel de la technique, un enregistrement vidéo peut être falsifié. Il convient donc d'apprécier avec prudence les conséquences que l'on peut tirer d'une telle preuve. Mais cette conclusion sera identique que l'enregistrement ait été réalisé irrégulièrement ou de manière légale et loyale. Dans certains cas, les preuves recueillies de manière illicite pourront même apparaître irréfutables : il en va ainsi des traces laissées par un travailleur dans le système informatique de son employeur<sup>(73)</sup>.

En revanche, la valeur probante de certains modes de preuve sera amoindrie par le vice qui les affecte. La question est claire pour les aveux obtenus par la contrainte. De même, si on peut démontrer que certaines

(72) B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte », *op. cit.*, pp. 35 et s., n° 18 ; F. KÉFER, « Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité des preuves », *op. cit.*, pp. 333 et s., n° 14 ; F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve, questions spéciales*, coll. CUP, vol. 99, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 7 et s., n° 36 ; Ph. TRAEST, « Onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs : het Hof van Cassatie zet de bakens uit », *T. Strafr.*, 2004, p. 137.

(73) Th. LÉONARD et K. ROSIER, « La jurisprudence "Antigone" face à la protection des données : salvatrice ou dangereuse ? », *op. cit.*, pp. 5 et s., n° 6.

mentions d'un acte sont fausses, fussent-elles secondaires, c'est toute la crédibilité de l'acte qui est ruinée.

L'absence de fiabilité d'une preuve peut apparaître à plusieurs niveaux. Elle peut être technique lorsque la preuve a pu être manipulée. On peut ainsi s'interroger sur le caractère probant d'un document écrit, de photos, d'enregistrements audio ou vidéo, de prélèvements humains... qui auraient pu être altérés volontairement ou non. L'absence de fiabilité peut aussi être psychologique, lorsque le processus de réception de la preuve a tellement interféré avec le comportement de la personne concernée qu'il l'a modifié. On vise alors plutôt les aveux recueillis par la contrainte physique ou morale, l'enregistrement d'une conversation (téléphonique ou non) à l'insu du correspondant, la provocation...

En fait, il s'agit d'un débat sur la valeur probante du mode de preuve soumis au tribunal. Ce débat aurait de toute façon dû s'instaurer, que la preuve soit irrégulière ou non. Même si la jurisprudence Antigone n'existait pas, une preuve non fiable sera toujours écartée par le juge, quel que soit le motif qui prive cette preuve de sa valeur probante : peu importe qu'il s'agisse d'une faiblesse intrinsèque du mode de preuve invoqué ou d'une faiblesse acquise, résultant de la manière dont la preuve a été reçue.

**21. L'atteinte au principe du procès équitable.** La Cour termine ainsi : « La preuve illicitement recueillie ne peut être écartée que si son obtention est entachée d'un vice [...] qui porte atteinte au droit à un procès équitable ». Que ce soit en matière civile ou pénale, ce critère a suscité les interrogations de la doctrine, du fait de son imprécision. Il a été qualifié de « flou » (74), « fourre-tout » (75), voire même de « machine à laver n'importe quelle irrégularité » (76)... Que recouvre concrètement cette exigence de respect du procès équitable ? N'est-il que la « savonnette à vilains » décrite par la doctrine ?

La Cour européenne des droits de l'homme indique que les preuves qui n'ont pas fait l'objet d'un débat contradictoire doivent être écartées pour atteinte au principe du procès équitable (77). C'est une évidence. Mais l'inverse n'est pas vrai pour autant : ce n'est pas parce que l'utilisation

(74) A. MASSER, « Le régime des nullités en procédure pénale », in *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 106.

(75) Fr. LUGENTZ, « La sanction de l'irrégularité de la preuve en matière pénale après la loi du 24 octobre 2013 », *J.T.*, 2015, pp. 185 et s., n° 16, p. 191.

(76) J. DE COOT, « La nouvelle loi sur les nullités : un texte inutile ? », *Rev. dr. pén.*, 2014, p. 264.

(77) Cour eur. D.H., 28 juillet 2009, *Lee Davies c/ Belgique*, § 42 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 10 mars 2009, *Bykov c/ Russie*, § 90.

des preuves irrégulières a été débattue devant le juge que toute atteinte au procès équitable est nécessairement écartée. En effet, il suffirait alors d'instaurer un débat contradictoire pour laver les preuves discutables de leurs imperfections et toutes les preuves irrégulières seraient admises. Le respect du contradictoire deviendrait ainsi un critère purement formel, dépourvu de tout contenu.

La Cour de cassation précise à ce sujet (en matière pénale) : « Un procès cesse d'être équitable notamment lorsque la preuve reçue malgré son irrégularité entraîne le risque d'une condamnation fondée sur des éléments douteux alors que la partie qui se voit opposer ceux-ci n'est pas en mesure de les contredire utilement et de rétablir la vérité » (78). La Cour ne réduit donc pas le procès équitable à la seule existence formelle d'un débat contradictoire. Elle parle de « contredire utilement des éléments douteux ». Pouvoir contester les preuves ne suffit donc pas, encore faut-il être en mesure de le faire de manière efficace.

F. Kéfer a également proposé de sanctionner à ce titre les manquements au principe de loyauté (79). Dès lors, même si un instrument de preuve a été soumis à la contradiction au cours de la procédure, le simple fait qu'il ait été acquis de manière déloyale pourrait amener à son écartement. Cette approche a fait l'objet de critiques de la part de B. Allemeersch, qui considère que la loyauté procédurale est un principe autonome, distinct de celui du procès équitable (80). Indépendamment de la question de savoir si la loyauté relève ou non du respect du procès équitable (81), apprécier l'équité de la procédure sous l'angle de la loyauté aboutirait à utiliser le même critère aux deux stades d'examen des preuves. Rappelons que le raisonnement dans cette matière doit se faire en deux temps :

(78) Cass., 4 mars 2015, R.G. n° P.14.1796.F, *J.T.*, 2015, p. 426, note BEERNAERT ; voy. aussi : Cass., 19 mai 2015, R.G. n° P.14.0921.N, *T. Strafr.*, 2015, p. 261, note DECAIGNY.

(79) F. KÉFER, « Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité des preuves », *op. cit.*, pp. 333 et s., n° 16.

(80) B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte », *Gerechtelijk recht*, *op. cit.*, pp. 35 et s., n° 21.

(81) Il est vrai que la loyauté n'est pas habituellement citée dans le catalogue des manifestations concrètes du principe du procès équitable. Certains auteurs considèrent toutefois que la loyauté est un élément du principe du procès équitable (M. Th. CAUPAIN et E. LEROY, « La loyauté : un modèle pour un petit supplément d'âme ? », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 112) ou lui est étroitement apparenté (P. TAELEMAN, « Loyale procesvoering », in *Propositions de réforme de la procédure civile*, Bruges, la Chartre, 2005, p. 125). De même, la loyauté participe au respect des droits de la défense (J. DU JARDIN, « Le droit de la défense dans la jurisprudence de la Cour de cassation (1990-2003) », disponible sur le site web de la Cour de cassation, p. 49 ; H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, n°s 13 et s.).

d'abord vérifier la régularité de la preuve et, au cas où la réponse est négative, appliquer ensuite la jurisprudence Antigone pour déterminer si la preuve doit être écartée ou non. L'examen de la jurisprudence montre que la loyauté intervient déjà au premier stade : les preuves recueillies de manière déloyale peuvent être considérées comme irrégulières (82). Mais si on considère que ces preuves doivent aussi subir le test Antigone et que, au second stade de l'examen, elles sont automatiquement considérées comme contraires au procès équitable parce que déloyales, on devrait les écarter systématiquement. Si on veut que l'ensemble de la démarche soit cohérent, on ne peut pas utiliser les mêmes critères aux deux étapes du raisonnement. La déloyauté en elle-même ne peut donc être un critère de rejet. Mais elle peut entacher la fiabilité de la preuve parce qu'elle lui fait perdre sa crédibilité. Elle peut également porter atteinte à l'équité du procès, lorsque la partie concernée n'a pas l'occasion de contester efficacement la preuve.

On peut trouver un exemple de cette double appréciation dans un arrêt du 2 mars 2010 (83) de la cour d'appel de Mons. L'Institut des Professionnels de l'Immobilier (IPI) reprochait à une personne de se livrer à des activités de courtage immobilier sans être agréé comme agent immobilier. L'IPI avait mandaté un détective privé, qui avait procédé à une enquête de voisinage et appelé l'intéressé par téléphone, en se faisant passer pour un client. La cour indique que l'intéressé n'a pas été mis en mesure d'identifier la personne rencontrée par le détective et de pouvoir ainsi apporter des éléments de contradiction avec les propos rapportés et, d'autre part, n'a été à aucun moment informé du but réel du coup de téléphone passé par un prétendu amateur, dans un contexte relevant de la provocation. Elle justifie ainsi une atteinte au procès équitable. La cour a également relevé le manque de fiabilité de la preuve et son imprécision. La fiabilité parfois douteuse de la preuve par provocation est effectivement reconnue par la doctrine, notamment parce qu'elle ne permet pas d'établir le caractère permanent ou systématique d'un manquement (84). Ce cas de figure montre qu'il est possible de réintroduire la déloyauté lors de la seconde étape du raisonnement, non pas en tant que telle, mais parce qu'elle porte

(82) Voy. *supra*, n° 3.

(83) *J.T.*, 2010, p. 296, note MOUGENOT.

(84) B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte », *op. cit.*, pp. 35 et s., n° 18 ; D. MERTENS, « Uitlokking, privé-detectives en het bewijs in handelszaken », *R.W.*, 2005-2006, pp. 1509 et s. ; D. MOUGENOT, « Humphrey Bogart au XXI<sup>e</sup> siècle : la preuve par production d'un rapport de détective privé », *op. cit.*, pp. 242 et s., n° 18.

atteinte à la fiabilité de la preuve et compromet le débat contradictoire efficace concernant les preuves.

Certains auteurs suggèrent aussi de se placer sur le terrain de l'égalité des armes : la partie qui utilise des preuves irrégulières bénéficierait d'un avantage anormal par rapport à la partie qui respecte strictement la légalité (85). Le problème est que l'utilisation de preuves irrégulières confère toujours un avantage à celui qui les produit (sauf si la partie adverse fait de même ou si ces preuves irrégulières n'apportent rien aux débats...) et donc, l'écartement des preuves irrégulières pour violation du droit au procès équitable devrait alors être systématique, ce qui n'est manifestement pas le but poursuivi par cette jurisprudence.

On peut à tout le moins déduire de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que, pour être conforme au procès équitable, la preuve devrait idéalement être confortée par d'autres éléments du dossier, même si ce n'est pas une exigence exclusive (86). Cette condition n'est pas facile à satisfaire parce que les parties ont souvent recours à des preuves problématiques, précisément parce que la preuve n'est pas aisée à rapporter autrement. Certaines juridictions ont d'ailleurs plus facilement tendance à admettre des modes de preuve irréguliers lorsqu'ils constituent la seule manière d'établir un manquement (87).

Au terme de ce rapide examen, on constate que, comme le relève la doctrine citée au début de ce numéro, le concept de procès équitable, dans cette matière est effectivement fort vague. La situation du juge « pris en tenaille entre les exigences de l'article 6 et celles de l'article 8 » (88) sera donc particulièrement inconfortable.

## b) Les critères secondaires

**22. Les critères complémentaires d'appréciation.** Consciente de ce que l'application des trois critères de la jurisprudence Antigone n'est pas chose commode, la Cour de cassation a ajouté, déjà dans le cadre de sa

(85) B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour "Antigone" », *op. cit.*, pp. 165 et s., n° 14 ; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gand, Story Publishers, 2012, n° 54.

(86) Cour eur. D.H., 28 juillet 2009, *Lee Davies c/ Belgique*, § 42 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 10 mars 2009, *Bykov c/ Russie*, § 90. Voy. aussi : Cass., 11 mai 2016, R.G. n° P.16.0154.F.

(87) Gand, 6 septembre 2006, *D.A./O.R.*, 2007, p. 326 ; comm. Courtrai, 24 juin 2004, *D.A./O.R.*, 2007, p. 331.

(88) J. VAN COMPERNOLLE, « Les exigences du procès équitable et l'administration des preuves dans le procès civil », *R.T.D.H.*, 2012, pp. 729 et s., spéc. p. 748.



jurisprudence pénale, des critères complémentaires d'appréciation. Ces critères sont repris dans l'arrêt du 10 mars 2008.

« Le juge qui procède à cette appréciation peut notamment tenir compte d'une ou de plusieurs des circonstances suivantes : le caractère purement formel de l'irrégularité, sa conséquence sur le droit ou la liberté protégés par la règle violée, la circonstance que l'autorité compétente pour la recherche, l'instruction et la poursuite des infractions a commis ou n'a pas commis l'irrégularité intentionnellement, la circonstance que la gravité de l'infraction excède manifestement celle de l'irrégularité, le fait que la preuve illicitement recueillie porte uniquement sur un élément matériel de l'infraction, le fait que l'irrégularité qui a précédé ou contribué à établir l'infraction est hors de proportion avec la gravité de l'infraction ».

Si on admet l'application généralisée de cette jurisprudence en matière civile, il ne faut alors pas s'arrêter à la terminologie purement pénale. Il convient, par exemple, de substituer les termes « faute » ou « manquement » au terme « infraction ». Ces différents critères proposés en ordre subsidiaire sont probablement plus éclairants, dans cette matière, que les trois critères principaux évoqués ci-dessus. Ainsi, le caractère intentionnel ou non de l'irrégularité, le fait que le droit que l'on cherche à protéger (droit à la vie privée ou tout autre droit) est totalement annihilé ou simplement amoindri, ou encore la comparaison entre la gravité de l'irrégularité et celle du manquement que l'on cherche à prouver, sont des éléments importants de l'appréciation du juge.

On aimerait savoir si ces critères peuvent être appliqués de manière autonome ou s'ils ne peuvent servir que de critères complémentaires dans la détermination des trois critères principaux. En tout cas, la Cour a précisé que le juge n'était pas tenu d'examiner la totalité des critères cités<sup>(89)</sup>. La rédaction de l'arrêt du 10 mars 2008 donne à penser qu'il s'agit de critères qui clarifient les trois critères fondamentaux mais ne s'y ajoutent pas. On peut ainsi comprendre le passage « Le juge qui procède à cette appréciation peut notamment tenir compte d'une ou de plusieurs des circonstances suivantes ». Il s'agirait donc d'une aide à l'application des critères principaux mais non d'un nouveau catalogue de critères. Cependant, certains auteurs ont fait remarquer à juste titre que les critères complémentaires pouvaient difficilement être rattachés à la détermination de la crédibilité

<sup>(89)</sup> Cass., 5 juin 2012, R.G. n° P.11.2100.N, N.C., 2013, p. 439, note, *Pas.*, 2012, p. 1300, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013 (sommaire), p. 89, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2012, p. 343, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2013, p. 137.

de la preuve ou de la violation du procès équitable<sup>(90)</sup>. En quoi, par exemple, le « caractère formel de l'irrégularité » a-t-il une influence sur la fiabilité de la preuve ou « le fait que la preuve illicitement recueillie porte uniquement sur un élément matériel de l'infraction » peut-il porter atteinte au droit au procès équitable ? On ne peut s'empêcher de penser que les vrais critères Antigone en matière civile se trouvent dans cette liste de critères complémentaires, correctement reformulée, plutôt que dans les trois critères principaux, vagues et souvent peu pertinents.

**23. Le caractère formel de l'irrégularité.** Le droit civil de la preuve est peu formaliste en ce qui concerne les procédures d'obtention des preuves (il l'est davantage quant au type de preuve utilisable). Dès lors, ce seront bien plus des irrégularités de fond (violation d'un principe garanti par la loi, la Constitution ou la CEDH) qu'une question de forme.

**24. Le caractère intentionnel de l'irrégularité.** Dans son appréciation du sort à réserver aux preuves irrégulières, le juge pourra tenir compte du caractère intentionnel ou non de cette irrégularité. On observe un peu de flottement à ce sujet dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Après avoir dit que le caractère intentionnel de l'irrégularité n'était pas nécessairement un motif d'écartement des preuves<sup>(91)</sup>, la Cour est revenue à sa jurisprudence plus classique, en affirmant que les preuves irrégulières ne doivent pas être rejetées lorsqu'elles ont été recueillies de manière non intentionnelle, même si les enquêteurs ont commis une faute inexcusable<sup>(92)</sup>.

Le caractère intentionnel pourra être pris en compte, non pas dans le chef de l'autorité chargée de la recherche des infractions, ce qui a peu de sens en matière civile, mais bien dans le chef de la partie qui utilise une preuve irrégulière. La bonne foi de cette partie pourrait aussi être examinée. On pourrait imaginer un cas où un courrier couvert par le secret professionnel est arrivé par accident entre les mains d'un tiers et que celui-ci ignorait le caractère confidentiel de la correspondance. On pourrait également imaginer une méconnaissance non intentionnelle de la loi du 8 décembre 1992 concernant la protection de la vie privée contre

<sup>(90)</sup> Voy. B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour "Antigoon" », *op. cit.*, pp. 165 et s., n° 20.

<sup>(91)</sup> Cass., 31 octobre 2006, R.G. n° P.06.1016.N, *T. Strafr.*, 2007, p. 53 et note SCHUERMANS.

<sup>(92)</sup> Cass., 23 septembre 2008, R.G. n° P.08.0519.N, *T. Strafr.*, 2009, p. 151 et note SCHUERMANS ; Cass., 26 janvier 2011, R.G. n° P.10.1321.F, *Pas.*, 2011, p. 273, *Rev. dr. pén.*, 2012, p. 82, note DILLENBOURG, *R.W.*, 2012-2013 (sommaire), p. 252, *T.M.R.*, 2012, p. 93, *T. Strafr.*, 2011, p. 268, note SCHUERMANS, *Vigiles*, 2012, p. 309, note BOCKSTAELE.

les traitements de données à caractère personnel. Nombreux sont ceux qui font du traitement de données à caractère personnel sans le savoir (à commencer par les avocats) et qui omettent dès lors de faire une déclaration de traitement auprès de la Commission de protection de la vie privée. En revanche, dans beaucoup d'hypothèses de manquement au respect de la vie privée ou du secret des affaires, l'atteinte sera intentionnelle (93). C'est notamment le cas en matière sociale. La pose de caméras de surveillance de membres du personnel ou l'accès à leurs ordinateurs se fait rarement par inadvertance.

**25. La balance entre la gravité des manquements examinés.** Les éléments essentiels sont évidemment la mise en balance de la gravité du manquement que l'on cherche à prouver et celle de l'irrégularité de la preuve (« la circonstance que la gravité de l'infraction excède manifestement celle de l'irrégularité » et « le fait que l'irrégularité qui a précédé ou contribué à établir l'infraction est hors de proportion avec la gravité de l'infraction »). Au-delà de la terminologie inadéquate, on comprend bien l'idée de la Cour. Dans le cadre de l'application de ces critères secondaires, le juge va régulièrement se trouver face à un problème de proportionnalité. En matière pénale, l'examen de ce critère paraît même obligatoire (94).

Mais, à nouveau, ce critère pose de multiples questions.

Tout d'abord, tel que formulé, il n'est pas applicable dans tous les litiges. En effet, la Cour invite à comparer la gravité de deux fautes : celle du défendeur, que l'on veut établir, et celle du demandeur qui contrevient aux règles d'administration de la preuve. Mais cette question n'a de sens que lorsque la responsabilité du défendeur est recherchée. Même si cette finalité est présente dans de nombreux dossiers où la question de la régularité des preuves est soulevée (en matière sociale notamment), tout litige porté devant les tribunaux ne porte pas nécessairement sur une faute du défendeur. Imaginons qu'une partie utilise, dans le cadre d'une demande en reconnaissance de paternité, le résultat d'un test ADN pratiqué sur du matériau corporel prélevé à l'insu et sans l'accord du défendeur. S'il y a bien faute du demandeur (atteinte à l'intégrité corporelle du défendeur), où est la faute du défendeur ? La paternité n'est pas une forme de responsabilité ! En réalité, le critère énoncé par la Cour est à nouveau inadéquat

(93) S. GILSON et K. ROSIER, « La preuve irrégulière : quand Antigone ouvre la boîte de Pandore », *Chron. D.S.*, 2010, pp. 289 et s., n° 4.

(94) Cass., 30 avril 2014, R.G. n° P.13.1869.F, *J.T.*, 2014, p. 351, note -, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1364, note BEERNAERT, N.C., 2014, p. 39, *Rev. dr. pén.*, 2014, p. 834, note LUGENTZ, R.G.C.F., 2014, p. 128, note VAN BRUSTEM, R.W., 2014, p. 1101, note DE SMET, *T. Strafr.*, 2016, p. 163, note

et doit être élargi, si on veut l'appliquer de manière généralisée dans les litiges civils. Ce n'est pas uniquement la comparaison de la gravité des fautes qui importe mais la balance des droits ou des intérêts en présence : d'une part, le droit à la preuve du demandeur, c'est-à-dire son droit à produire les preuves dont il dispose, et le droit du défendeur au respect de sa vie privée (ou tout autre droit fondamental qui aurait été méconnu dans le cadre de l'administration de la preuve). C'est en ces termes que la Cour européenne des droits de l'homme a posé le problème dans l'arrêt *N.N. et T.A. contre Belgique* (95). Elle relève qu'une partie a le droit de se voir une possibilité raisonnable de présenter sa cause, y compris ses preuves, et que ce droit doit être mis en balance avec le droit au respect de la vie privée du défendeur.

En définitive, la question de l'application de la jurisprudence Antigone dans des matières d'ordre privé pourrait être examinée sous cet angle. Plutôt que de décréter que cette jurisprudence ne peut trouver place que dans des matières d'ordre public, on pourrait raisonner de manière plus nuancée. Il n'y aurait plus d'interdiction de principe d'appliquer le test Antigone dans des matières d'ordre privé mais le caractère privé des intérêts en jeu pourrait ressurgir comme critère d'appréciation dans la balance des droits et intérêts. La juridiction pourrait se montrer plus sévère à l'égard des preuves illégales, parce que la partie qui les produit ne fait que protéger ses intérêts propres et non des enjeux concernant la société toute entière.

La distinction entre illégalité intrinsèque et preuve acquise illégalement peut également jouer un rôle à ce niveau. Un auteur se fonde sur cette distinction pour suggérer l'exclusion totale des preuves acquises en violation du secret médical (96).

**26. La balance entre les droits des parties en matière de protection de la vie privée.** Il est admis que le respect de la vie privée n'est pas absolu (97). Ce principe entre en conflit avec d'autres principes aussi respectables, ce qui pose des problèmes d'arbitrage souvent délicats. Des

(95) Cour eur. D.H., 13 mai 2008, *N.N. et T.A. c/ Belgique*, § 42.

(96) F. BLOCKX, « Kan informatie verkregen door een schending van het beroepsgeheim worden "witgewassen" dankzij de Antigone-leer? », *Rev. dr. santé*, 2014-2015, pp. 359 et s., n° 8.

(97) B. DOQUIR, *Le droit de la vie privée*, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 189 ; J.-Fr. NEVEN, « Les principes généraux : les dispositions internationales et constitutionnelles », in *Vie privée du travailleur et prérogatives patronales*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 2005, p. 36, n° 9 ; S. GILSON et K. ROSIER, « Licéité de la preuve et droit au respect de la vie privée : principes et sanctions », *R.D.T.I.*, 2008, pp. 244 et s., n° 8 et s.



atteintes à la vie privée sont donc permises dans certaines circonstances, décrites à l'article 8, alinéa 2, de la CEDH :

« Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

La doctrine résume ces exigences en trois mots : légalité, légitimité, proportionnalité.

Le critère de légalité suffira à faire déclarer certaines preuves irrégulières, lorsque la loi ou une convention collective de travail encadrent et traduisent de manière particulière le principe général du droit au respect de la vie privée. C'est le cas, par exemple, de la loi du 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé ou de la convention collective de travail n° 68 du 16 juin 1998 relative à la protection de la vie privée à l'égard de la surveillance par caméra sur le lieu du travail. Lorsqu'une preuve est recueillie en violation de ces lois ou conventions collectives, elle ne remplit pas le critère de légalité et doit être considérée comme contraire à l'article 8 de la CEDH, sans qu'un examen plus approfondi soit nécessaire.

La question de la légitimité est plus délicate. Pour être acceptables, les ingérences dans la vie privée doivent répondre à un « besoin social impérieux » (98). Selon l'article 8, alinéa 2, il doit s'agir d'une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Autant les pouvoirs publics trouveront plus facilement un fondement à leurs actions dans ce catalogue, autant les simples particuliers éprouveront plus de difficulté à justifier des atteintes à la vie privée d'autrui. Ils ne sont pas investis de la mission de faire respecter la sécurité nationale, la sûreté publique, le bien-être économique du pays... On aura donc tendance à retomber systématiquement sur la dernière exception citée : la protection

(98) Voy. not. (l'expression revient fréquemment dans la jurisprudence de la Cour) : Cour eur. D.H., 22 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni* ; 19 février 1998, *Dalia c/ France* ; 2 août 2001, *Boultif c/ Suisse* ; 9 octobre 2003, *Slivenko c/ Lettonie* ; 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*.

des droits et libertés d'autrui (99). Le fait de présenter ses preuves en vue d'obtenir gain de cause devant un tribunal est considéré par la Cour des droits de l'homme comme une démarche légitime (voy. l'arrêt *N.N. et T.A. contre Belgique* cité au point précédent).

Lorsque les deux conditions précédentes sont remplies, c'est alors le principe de la proportionnalité qui permettra de déterminer si la preuve est conforme ou non à l'article 8. L'ingérence dans la vie privée est autorisée, pour autant qu'elle soit strictement limitée à ce qui est nécessaire pour atteindre le but poursuivi. Il n'est donc pas question, par exemple, de faire surveiller les moindres faits et gestes d'un individu 24 heures sur 24 si ce n'est pas utile pour établir un manquement dans la relation de travail. Ainsi, dans l'affaire *Köpke*, relative à un problème de vidéo-surveillance, la Cour européenne des droits de l'homme a eu égard aux éléments suivants (100) :

- la surveillance n'a été mise en place qu'après découverte d'indices sérieux d'une infraction pénale par un travailleur ;
- elle a été limitée dans le temps et dans l'espace ;
- les données obtenues ont été traitées par un nombre limité de personnes ;
- elles n'ont servi que dans le cadre de la procédure de licenciement ;
- il n'existait pas d'autre procédé, moins attentatoire à la vie privée du travailleur, qui aurait permis d'obtenir les mêmes éléments de preuve.

Cela veut donc dire que, dans le cadre de l'application de l'article 8 de la CEDH, le juge devra apprécier si les ingérences dans la vie privée de l'intéressé sont proportionnelles à l'objectif poursuivi par la personne qui réalise cette ingérence. Si le juge aboutit à la conclusion que cette proportionnalité n'existe pas, il devra déclarer les modes de preuve irréguliers parce que contraires à l'article 8. Il ne peut toutefois pas en déduire automatiquement l'irrecevabilité des preuves. Il doit préalablement faire application de la jurisprudence Antigone. Dans ce cadre et compte tenu des critères complémentaires proposés par la Cour de cassation, le juge va devoir, à nouveau, réaliser un contrôle de proportionnalité. Si le juge admet les preuves dans un tel contexte, cela signifie qu'il aura :

(99) J.-Fr. NEVEN, « Les principes généraux : les dispositions internationales et constitutionnelles », *op. cit.*, p. 31 ; F. KÉFER et S. CORNELIS, « L'arrêt Copland ou l'espérance légitime du travailleur quant au caractère privé de ses communications », *R.T.D.H.*, 2009, pp. 779 et s., n° 13.

(100) Cour eur. D.H., 5 octobre 2010, *Köpke c/ Allemagne*.



- (1) considéré que l'atteinte à la vie privée de la personne concernée était trop importante par rapport au but poursuivi par la personne qui produit les preuves, ce qui amène le juge à déclarer la preuve irrégulière ;
- (2) considéré que cette atteinte à la vie privée, bien qu'excessive, poursuit un objectif qui mérite une protection plus importante que le respect de la vie privée de la personne concernée, ce qui amène le juge à déclarer la preuve recevable, bien qu'irrégulière.

La similarité du raisonnement, aux deux étapes, est telle que le juge devra faire de l'équilibre pour éviter d'aboutir à une contradiction flagrante.

On peut dès lors se demander si, une fois la preuve déclarée illégale pour atteinte à la vie privée, l'application de la jurisprudence Antigone est encore pertinente(101) :

- soit le juge devra, dans l'application du test Antigone, confirmer sa première balance des droits et intérêts et rejettera donc la preuve en répétant les mêmes motifs aux deux stades du raisonnement et on peut alors se demander pourquoi se livrer à ce double examen, si c'est pour dire deux fois la même chose ;
- soit il admettra les preuves mais au risque de se contredire entre les deux étapes de sa démarche.

Dans l'arrêt *L.L. contre France*, la Cour eur. D.H. ne s'est d'ailleurs livrée qu'à une seule étape de l'examen et déclare que la preuve contraire à l'article 8 aurait pu être écartée(102). Elle ne fait aucune allusion à la nécessité de vérifier en outre l'équité de la procédure. Il est vrai que demandeur n'invoquait pas la violation de l'article 6 mais ce n'est pas un obstacle à ce que la Cour examine d'office ce fondement. Elle s'est déjà autorisée à requalifier les griefs et ne s'estime pas liée par la qualification juridique donnée par le requérant(103). Elle aurait donc pu examiner de sa propre initiative la violation du droit au procès équitable. Elle ne l'a pas fait. La prudence commande toutefois de ne tirer aucune conclusion décisive de cet arrêt quant à l'opportunité d'évacuer la jurisprudence Antigone en cas

(101) Se posent la même question : K. ROSIER, « Droit social et recevabilité de la preuve : quelques réflexions sur l'évolution de la jurisprudence en la matière », *op. cit.*, pp. 43 et s., spéc. p. 71 et J. VAN COMPERNOLLE, « Les exigences du procès équitable et l'administration des preuves dans le procès civil », *op. cit.*, pp. 729 et s., nos 24 et 25.

(102) Cour eur. D.H., 10 octobre 2006, *L.L. c/ France*, § 46.

(103) Cour eur. D.H., 19 février 1998, *Guerra c/ Italie*, § 44.

de problème de respect de la vie privée. Il n'est d'ailleurs pas exact que la balance des droits et intérêts du test Antigone est dépourvue de pertinence chaque fois qu'une preuve pose un problème de vie privée. Nous avons vu que certaines preuves devaient être écartées pour non-respect du principe de légalité. Si c'est le cas, la balance des droits des parties conserve toute sa pertinence au stade de l'application de la jurisprudence Antigone. C'est uniquement lorsque la preuve est déclarée contraire au droit à la vie privée par application du test de proportionnalité que la répétition de ce raisonnement dans le cadre de l'application de la jurisprudence Antigone devient superflue. En effet, en examinant la proportionnalité de l'ingérence dans la vie privée d'une partie, le juge va déjà devoir comparer l'importance de cette ingérence avec le droit à la preuve de son adversaire. Nous avons vu plus haut, en examinant, la problématique de la loyauté dans la réception des preuves, que l'application des mêmes critères aux deux étapes du raisonnement posait problème(104). On bute ici sur la même difficulté.

Cela étant, la balance entre les droits et intérêts en présence n'est qu'un des critères du test Antigone. Si cette balance n'est pas praticable lors de l'examen des conséquences de l'irrégularité des preuves parce qu'elle ferait double emploi avec le raisonnement tenu pour déterminer l'existence d'une atteinte à la vie privée, rien n'empêche le juge d'avoir égard à d'autres critères : fiabilité de la preuve, possibilité d'une contestation effective...

### c) Application des critères Antigone par les juges du fond

**27. Des décisions peu motivées.** L'examen de la jurisprudence n'apporte pas d'éléments décisifs à cette discussion.

Tout d'abord, beaucoup de juridictions admettent les pièces litigieuses en se contentant de relever qu'il n'y a pas violation d'une formalité prescrite à peine de nullité, de défaut de fiabilité de la preuve ou d'atteinte au procès équitable(105). Il s'agit d'affirmations lapidaires, dépourvues d'explications. Sans doute n'y a-t-il pas eu de véritable débat à ce sujet,

(104) Voy. *supra*, n° 21.

(105) Trib. trav. Gand, 1<sup>er</sup> septembre 2008, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2009, p. 275 ; C. trav. Gand, 28 juin 2010, *J.T.T.*, 2011, p. 366 ; C. trav. Liège, 10 septembre 2010, R.G. n° 36.362/09, *www.juridat.be* ; C. trav. Mons, 8 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 715, *Chron. D.S.*, 2011, p. 399, note RIJCKAERT ; C. trav. Liège, 14 décembre 2010, R.G. n° 2009/AN/8833 ; C. trav. Liège, 8 mars 2011, *Chron. D.S.*, 2011, p. 404 ; C. trav. Bruxelles, 9 août 2011, *Chron. D.S.*, 2012, p. 468 ; C. trav. Bruxelles, 3 septembre 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 497.

ce qui permet au juge de ne pas motiver son raisonnement. Certaines décisions ne citent pas les trois critères mais deux d'entre eux seulement (souvent la nullité et la fiabilité).

Sans surprise, aucune décision n'écarte une preuve pour violation d'une règle prescrite à peine de nullité, inexistante en l'espèce.

**28. Absence de fiabilité.** L'absence de fiabilité de la preuve irrégulière revient davantage.

Dans un arrêt du 23 novembre 2011(106), la cour de travail d'Anvers rejette un certificat médical obtenu en violation du secret médical, parce qu'il n'apparaît pas très convaincant.

Dans un arrêt du 7 janvier 2015(107), la cour du travail de Bruxelles rejette un entretien filmé à l'insu des protagonistes, pour atteinte à la fiabilité. L'organisateur de cet enregistrement a agi à l'insu de son interlocuteur et dans un but bien précis. Il a eu la possibilité de préparer les questions de manière à induire les réponses. La preuve ainsi recueillie n'est pas crédible.

Dans un arrêt du 10 juin 2015(108), la cour du travail de Mons rejette un contrôle de données relatives à un GSM utilisé par un employé parce que les investigations étaient orientées. Les éléments de preuve n'établissent pas avec certitude que l'employé était l'auteur des appels litigieux. Il existe donc un doute concernant les faits reprochés à l'employé.

**29. Procès équitable.** Le respect du procès équitable est examiné par plusieurs juridictions, soit pour admettre la preuve, soit pour l'exclure.

Dans un arrêt du 20 septembre 2010(109), la cour du travail de Liège relève que le droit au procès équitable a été respecté dès lors que les preuves litigieuses ont fait l'objet d'un débat contradictoire. Même raisonnement dans l'arrêt de la cour du travail de Mons du 8 décembre 2010(110). J'ai relevé plus haut l'insuffisance de ce critère tout à fait formel(111).

En revanche, d'autres juridictions ne limitent pas l'exigence de respect du principe du contradictoire à la simple existence d'un débat devant le tribunal. La cour du travail de Bruxelles, dans un arrêt du 12 juin

2015(112), est attentive à écarter tout risque de décision fondée sur des éléments douteux que l'adversaire ne peut contredire. Dans son arrêt du 2 mars 2010(113), la cour d'appel de Mons écarte également un rapport de détective privé, parce que son interlocuteur n'a pas été identifié et que le défendeur s'est donc trouvé dans l'incapacité de contredire les propos rapportés. Le détective n'a également jamais indiqué le but de son appel téléphonique, par lequel il se faisait passer pour un faux client. Ces décisions exposent que le débat qui s'instaure devant le juge, bien qu'il existe, est en réalité faussé parce que certains éléments soumis au tribunal sont impossibles à contrôler. Mais on peut alors se demander si l'examen, que ces juridictions qualifient de vérification du respect du procès équitable, ne porte pas en réalité à nouveau sur la fiabilité des preuves. Si les éléments de preuve ne peuvent être contredits, c'est parce qu'ils sont trop imprécis et donc ne peuvent emporter la conviction du juge.

Dans un arrêt du 7 janvier 2015(114), la cour du travail de Bruxelles considère qu'un enregistrement vidéo réalisé à l'insu de la personne filmée viole le droit au procès équitable. La cour considère que la déloyauté de la procédure porte atteinte à l'article 6 de la CEDH. Je renvoie aux considérations développées plus haut concernant la difficulté d'écarter une preuve pour le seul motif qu'elle est recueillie de manière déloyale(115).

Dans sa décision du 3 décembre 2009(116), le tribunal du travail d'Audenarde relève l'absence de caractère contradictoire de l'examen de l'ordinateur du travailleur. Dans cette décision, la contradiction dont l'absence est critiquée par le tribunal n'est pas celle qui doit s'instaurer devant lui mais celle qui affecte la manière dont la preuve est recueillie.

Enfin, à deux reprises, la cour d'appel de Gand(117) indique que le droit au procès équitable n'a pas été méconnu parce que les preuves litigieuses auraient été obtenues autrement. En quelque sorte, il n'y a pas de lien causal entre l'irrégularité dans l'administration de la preuve et son utilisation en justice.

**30. Critères secondaires.** Ces critères sont assez peu utilisés par la jurisprudence.

(106) C. trav. Anvers, 23 novembre 2011, *NjW*, 2012, p. 550.

(107) C. trav. Bruxelles, 7 janvier 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 166.

(108) C. trav. Mons, 10 juin 2015, *J.T.T.*, 2016, p. 77.

(109) C. trav. Liège, 20 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1899.

(110) C. trav. Mons, 8 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 715, *Chron. D.S.*, 2011, p. 399, note RIJCKAERT.

(111) Voy. *supra*, n° 21.

(112) C. trav. Bruxelles, 12 juin 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 364.

(113) Mons, 2 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 296, note MOUGENOT, *J.L.M.B.*, 2012, p. 492.

(114) C. trav. Bruxelles, 7 janvier 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 166.

(115) Voy. *supra*, n° 21.

(116) Trib. trav. Audenarde, 3 février 2009, *Chron. D.S.*, 2010, p. 396.

(117) Gand, 18 mars 2010, *Rev. dr. santé*, 2010-2011, p. 398, note DEFLOOR ; Gand, 7 novembre 2013, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 356.



Deux décisions procèdent à un contrôle de proportionnalité, après avoir rejeté toute atteinte au procès équitable(118). Manifestement, elles appliquent donc ce critère de manière autonome et non comme indicatif d'une violation du droit au procès équitable. Ce n'est probablement pas correct, au vu de la rédaction de l'arrêt du 10 mars 2008, mais cela illustre bien la difficulté de raccrocher les critères complémentaires aux trois critères principaux.

À deux reprises, la cour du travail de Liège affirme qu'il faut à tout prix écarter les preuves acquises par un délit intentionnel(119). Alors qu'elle relève l'absence d'infraction intentionnelle dans son arrêt de 2011, elle écarte des preuves obtenues par vol dans l'arrêt de 2010. C'est un critère que l'on retrouve également chez certains auteurs(120). Dans le cadre de la balance entre la gravité des fautes, ce critère est tout à fait pertinent et peut être pris en considération. La commission intentionnelle d'une infraction pénale pour obtenir des preuves (extorsion, vol, criminalité informatique...) devrait donc amener l'écartement des éléments de preuve ainsi recueillis. Le caractère non intentionnel de la faute commise par l'assureur dans l'administration de la preuve est également mis en parallèle par la cour d'appel de Gand avec l'intentionnalité du manquement reproché à l'assuré(121).

La cour du travail de Bruxelles considère qu'une preuve illégale ne peut servir à établir l'existence d'un congé « soit un acte juridique relatif à la résiliation d'une relation contractuelle entre un travailleur et son employeur ». On peut lire entre les lignes que la poursuite d'intérêts purement privés ne justifie pas l'utilisation de preuves illégales.

Le droit au respect de la vie privée est, sans surprise, pondéré différemment par les juridictions de fond. La cour du travail de Mons considère que ce droit ne fait pas le poids par rapport à la gravité des manquements reprochés au travailleur(122). À l'inverse, la cour du travail de Bruxelles

(118) C. trav. Mons, 8 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 715, *Chron. D.S.*, 2011, p. 399, note RIJCKAERT ; C. trav. Bruxelles, 9 août 2011, *Chron. D.S.*, 2012, p. 468.

(119) C. trav. Liège, 14 décembre 2010, R.G. n° 2009/AN/8833 ; C. trav. Liège, 8 mars 2011, *Chron. D.S.*, 2011, p. 404.

(120) V. PERROCHEAU, « Les fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves », *LPA*, 2002, pp. 6 et s., p. 16 ; N. COLETTE-BASECQZ, « L'admissibilité des preuves irrégulières au regard du droit à un procès équitable : la jurisprudence "Antigoon" sous la loupe de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. dr. pén.*, 2010, p. 335 ; M.-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », *J.L.M.B.*, 2005, p. 1094 et p. 1108 ; J. LARUELLE, « Vie privée des (ex-) partenaires affectifs versus droit à la preuve », *R.G.D.C.*, 2013, pp. 118 et s., n° 17.

(121) Gand, 18 mars 2010, *Rev. dr. santé*, 2010-2011, p. 398, note DEFLOOR.

(122) C. trav. Mons, 8 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 715, *Chron. D.S.*, 2011, p. 399, note RIJCKAERT.

en fait un principe à ce point fondamental qu'il exclut l'application des critères Antigone(123).

Ces décisions illustrent le caractère subjectif et casuistique du débat auquel mène l'application de la jurisprudence Antigone. À partir du moment où les juges doivent réaliser la balance des droits et intérêts des parties en cause, il est clair qu'on s'expose à obtenir des décisions parfois fortement divergentes, parce que dépendantes des représentations mentales du juge. Mais le problème n'est probablement pas plus marqué ici que dans d'autres branches du droit.

#### SECTION 4.

### LA JURISPRUDENCE ANTIGONE REMISE EN CAUSE PAR L'UNION EUROPÉENNE(124) ?

#### § 1. L'arrêt *WebMindLicense* (WML) de la Cour de justice de l'Union

**31. Portée de la décision de la Cour et parallèle avec la jurisprudence de la Cour eur. D.H.** J'ai évoqué plus haut(125) l'arrêt WML de la Cour de justice de l'Union en indiquant que, selon les premiers commentaires, cet arrêt pourrait sonner le glas de la jurisprudence Antigone en matière fiscale.

La décision expose à ce sujet (pt 91) : « Dans des circonstances telles que celles au principal, il incombe, en vertu des articles 7, 47 et 52, paragraphe 1, de la Charte, à la juridiction nationale qui contrôle la légalité de la décision procédant à un redressement de TVA fondée sur de telles preuves de vérifier, d'une part, si les interceptions de télécommunications et la saisie de courriers électroniques *étaient des moyens d'investigation prévus par la loi et nécessaires dans le cadre de la procédure pénale* et, d'autre part, si *l'utilisation par ladite administration des preuves obtenues par ces moyens était également autorisée par la loi et nécessaire*. Il lui appartient, en outre, de vérifier si, conformément au principe général du respect des droits de la défense, *l'assujetti a eu la possibilité, dans le cadre de la procédure administrative, d'avoir accès à ces preuves et d'être entendu sur celles-ci. Si elle constate que cet assujetti n'a pas eu cette possibilité ou que ces preuves*

(123) C. trav. Bruxelles, 7 février 2013, *J.T.*, 2013, p. 262, note D. MOUGENOT, *Ors.*, 2013, p. 25, *Or.*, 2013 p. 131, *Chron. D.S.*, 2013, p. 106, note RIJCKAERT.

(124) L'auteur remercie ici Antoine Bailleux, professeur à l'Université Saint Louis-Bruxelles, pour son assistance et ses conseils dans la rédaction de ce passage.

(125) Voy. *supra*, n° 11.



ont été obtenues dans le cadre de la procédure pénale ou utilisées dans celui de la procédure administrative en violation de l'article 7 de la Charte, ladite juridiction nationale doit écarter ces preuves et annuler ladite décision si celle-ci se trouve, de ce fait, sans fondement. Doivent, de même, être écartées ces preuves si cette juridiction n'est pas habilitée à contrôler qu'elles ont été obtenues dans le cadre de la procédure pénale en conformité avec le droit de l'Union ou ne peut à tout le moins s'assurer, sur le fondement d'un contrôle déjà exercé par une juridiction pénale dans le cadre d'une procédure contradictoire, qu'elles ont été obtenues en conformité avec ce droit ».

La Cour invite donc le juge à vérifier si les preuves ont été recueillies sans porter atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale, garanti par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Dans ce cadre, elle fait une application assez fidèle de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Elle invite également le juge à vérifier si le droit au procès équitable, garanti par l'article 47 de la Charte, a également été respecté. L'intéressé, dans ce cadre, doit avoir eu accès aux preuves litigieuses et doit avoir eu l'occasion d'être entendu à leur sujet. Si une violation est constatée sur l'un de ces deux plans (que ce soit au niveau du respect de la vie privée ou du droit au procès équitable), les preuves doivent être écartées. Ce qui frappe, c'est l'automatisme de la sanction, ce qui explique l'enthousiasme des auteurs fiscalistes, qui y voient une condamnation sans appel de la jurisprudence Antigone en matière fiscale. Il n'y a pas ce raisonnement en deux temps que j'ai évoqué au début de cette étude. Si la preuve est recueillie de manière illégale, que ce soit en violation des articles 7 ou 47, les preuves doivent être écartées, sans qu'il y ait lieu à appliquer un test quelconque test Antigone ou son équivalent européen. La Cour ne fait pas de lien entre la violation du droit au respect de la vie privée et le droit au procès équitable. L'atteinte à la vie privée suffit pour que l'on écarte les pièces<sup>(126)</sup>. La différence avec l'approche de la Cour européenne des droits de l'homme est flagrante. Celle-ci ne se limite pas à constater la violation au droit à la vie privée mais met cette atteinte en perspective avec le droit au procès équitable. Elle répète à longueur d'arrêts que l'équité de la procédure doit être vérifiée sur l'ensemble du procès et que, si une atteinte à un autre droit garanti par la Convention est constatée (le droit au respect de la vie privée par exemple), il convient

(126) Il y aurait néanmoins un moyen de justifier cette position : nous avons vu au n° 26 ci-dessus, qu'il est difficile d'appliquer deux fois successivement un test de proportionnalité en cas de violation du droit au respect de la vie privée. Mais, la Cour étant muette sur l'incidence de l'atteinte à la vie privée sur le droit au procès équitable, il est impossible de dire si c'est cette difficulté qui l'a guidée dans son raisonnement.

d'examiner l'ampleur de cette atteinte sans qu'il y ait nécessairement violation du droit au procès équitable. *A priori* donc, la Cour de justice fait une lecture plus stricte du droit au respect de la vie privée et du droit au procès équitable que son homologue strasbourgeoise. Ce constat pose de nombreuses questions. Si la Charte doit être appliquée plus strictement que la CEDH, quel est son champ d'application ? La Cour de justice était-elle autorisée à dépasser le « standard conventionnel », c'est-à-dire le niveau de protection reconnu à la CEDH ? Dans l'affirmative, quelles sont les conséquences de cette décision hors de la sphère fiscale ? Est-elle applicable en procédure civile ? Cette jurisprudence est-elle partagée par toutes les juridictions de l'Union ? C'est à ces diverses questions que je vais m'attacher à répondre dans les points qui suivent.

### 32. Le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux.

La Cour fonde sa décision sur l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La Charte est devenue obligatoire pour les institutions de l'Union et pour les États membres depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne (1<sup>er</sup> décembre 2009). Toutefois, son champ d'application n'est pas aussi large que celui de la CEDH. En effet, selon l'article 51 de la Charte, les États membres, ne sont tenus de respecter les droits qui y sont mentionnés que *lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union*. Dans des matières étrangères au droit de l'Union européenne, seule la CEDH est d'application. La frontière entre les matières régies par le droit de l'Union et les autres matières n'est pas toujours aisée à fixer<sup>(127)</sup>.

On peut prendre l'exemple du droit pénal. Ce domaine du droit, pour l'essentiel, n'est pas régi par le droit de l'Union. Dans l'affaire *Kremzow*<sup>(128)</sup>, la Cour relève que « si toute privation de liberté est de nature à entraver l'exercice par l'intéressé de son droit à la libre circulation, il ressort toutefois de la jurisprudence de la Cour que la perspective

(127) Pour un exposé du problème, voy. : A. BAILLEUX et E. BRIBOSIA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Droits fondamentaux en mouvement*, coll. CUP, vol. 137, Liège, Anthemis, 2012, pp. 73 et s., spéc. pp. 108 et s. Voy. aussi : A. BAILLEUX, « Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à son destin », *R.T.D.H.*, 2014, pp. 215 et s. ; A. LENAERTS et V. VANOVERMEIRE, « De toepassing van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie op handelingen van de lidstaten : een analyse in het licht van het arrest C-617/10 van het Hof van Justitie van 26 februari 2013 inzake Åkerberg Fransson », *T.B.P.*, 2016, pp. 16 et s. ; K. LENAERTS, « The EU Charter of fundamental rights : scope of application and methods of interpretation », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins : mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 107 et s. ; S. PLATON, « Le périmètre de l'obligation de respecter les droits fondamentaux en droit de l'Union Européenne », in *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, entre évolution et permanence*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 67 et s.

(128) C.J.U.E., 27 mai 1997, aff. C-299/95, *Kremzow*, pt 16.



purement hypothétique d'un tel exercice ne constitue pas un lien suffisant avec le droit communautaire pour justifier l'application des dispositions communautaires ». Il n'est donc pas question de faire rentrer n'importe quel mandat d'arrêt dans le droit de l'Union, pour le seul motif qu'il aboutirait à entraver la liberté de circulation garantie par le traité. En revanche, dans l'affaire *Melloni*, il est question de l'application d'un mandat d'arrêt européen, ce qui justifie la compétence de la Cour (129). Dans l'affaire *Åkerberg Fransson*, la Cour relève que l'application de la Charte en matière de poursuites pénales est justifiée, lorsque ces poursuites sont liées en partie à des manquements de l'intéressé à ses obligations déclaratives en matière de TVA, ce qui relève du droit de l'Union (130).

On voit donc que chaque domaine du droit constitue une sorte de patchwork, dont certains aspects sont soumis au droit de l'Union et d'autres pas. La détermination des parts du droit civil, social ou économique qui relèvent du droit de l'Union sort évidemment du cadre de la présente étude. Ce constat pose toutefois une question embarrassante : s'il apparaît, dans une matière régie par le droit de l'Union, que le juge doit écarter une preuve parce que contraire à l'article 47 de la Charte, pourrait-il, dans un raisonnement schizophrénique, considérer que la même preuve est admissible dans toute autre matière, en appliquant le test Antigone ? Le fait qu'une matière soit régie ou pas par le droit de l'Union est un critère bien tenu pour justifier une différence de traitement aussi importante au niveau de l'administration de la preuve.

**33. La possibilité de dépasser le standard imposé par la CEDH.** L'application de l'article 47 de la Charte faite par la Cour de justice paraît plus stricte que celle de l'article 6 CEDH par la Cour de Strasbourg. Ce cas de figure est parfaitement admissible. L'article 52, § 3, de la Charte des droits fondamentaux dispose que, dans la mesure où la Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la CEDH, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère la CEDH. Le même paragraphe ajoute toutefois expressément qu'il ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue. Dès lors, la protection offerte par la Charte ne peut être inférieure à celle conférée par la CEDH mais peut être supérieure (131).

(129) C.J.U.E., 26 février 2013, aff. C-399/11, *Melloni*.

(130) C.J.U.E., 26 février 2013, aff. C-617/10, *Åkerberg Fransson*, pts 24 et s.

(131) K. LENAERTS, « The EU Charter of fundamental rights : scope of application and methods of interpretation », *op. cit.*, pp. 107 et s., spéc. pp. 129 et s. ; D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union*

L'Avocat général Trstenjak (132) précise dès lors les liens entre les deux instruments et la jurisprudence des deux Cours : « (145) Conformément à l'article 52, paragraphe 3, de la Charte des droits fondamentaux, il convient donc de garantir que la protection conférée par celle-ci dans les domaines dans lesquels ses dispositions recoupent celles de la CEDH ne soit jamais inférieure à celle qui est instituée par cette dernière. Dès lors que la protection mise en place par la CEDH ne cesse de se développer au gré de l'interprétation qu'en donne la Cour européenne des droits de l'homme, le renvoi que l'article 52, paragraphe 3, de la Charte des droits fondamentaux fait à la CEDH doit être interprété comme un renvoi dynamique par essence qui englobe l'ensemble de la jurisprudence de la juridiction de Strasbourg. (146) À ce sujet, il faut évidemment tenir compte du fait que les arrêts de la Cour européenne sont, par nature, toujours des décisions judiciaires qui se rapportent à un cas particulier et ne se substituent pas aux règles de la CEDH elle-même, de sorte qu'il serait erroné d'appliquer la Charte des droits fondamentaux en se fondant sur la jurisprudence de Strasbourg comme étant une source d'interprétation dotée d'une valeur absolue. Cette constatation ne doit cependant pas faire oublier qu'il faut accorder une importance particulière et un poids considérable à la jurisprudence de la Cour européenne lorsqu'on interprète la Charte des droits fondamentaux, et qu'il est donc indispensable de s'en inspirer ».

Il est donc parfaitement possible, au vu de ces principes, que la Cour des droits de l'homme conclue à une non-violation de l'article 6 là où la Cour de justice aperçoit une violation de l'article 47.

## § 2. Freins à l'application de l'arrêt *WML* en matière civile

### a) La problématique de l'effet horizontal de la Charte

**34. L'effet horizontal des droits fondamentaux.** L'arrêt *WML* a été rendu dans une affaire fiscale, c'est-à-dire dans les rapports entre un contribuable et l'administration fiscale. Or, en matière civile (au sens large), les choses se présentent différemment : les preuves litigieuses ont été rassemblées par un particulier dans un litige qui l'oppose à un autre

européenne et la Cour européenne des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 58 et s. C'est ce que rappelle l'Avocat général WATHELET dans les conclusions qui précèdent l'arrêt *WML*.

(132) Concl. dans l'affaire *N.S. c/ Secretary of State for the Home Department*, aff. C-411-10, pts 145 et s.

particulier. Dans la majorité des cas, c'est le droit au respect de la vie privée qui fait problème dans le cadre de l'administration de la preuve. Ce droit est garanti par l'article 8 de la CEDH et l'article 7 de la Charte. Or tant la Convention que la Charte ne sont obligatoires que pour les États membres (du Conseil de l'Europe pour la Convention et de l'Union pour la Charte). Ces dispositions ont avant tout été pensées pour protéger l'individu contre les atteintes à sa vie privée perpétrées par les autorités publiques.

Toutefois, ce principe est également d'application lorsque les violations de la vie privée sont le fait d'un autre individu (133). C'est ce qu'on appelle « l'effet horizontal » des droits fondamentaux (134). Cela s'analyse comme « une extension de l'opposabilité des droits de l'homme aux rapports inter-individuels » (135). On peut distinguer deux types d'effet horizontal : l'effet horizontal direct et l'effet horizontal indirect (136). Un droit fondamental a un effet horizontal direct (*unmittelbare Drittwirkung*) lorsqu'une juridiction nationale peut déduire du droit fondamental des effets juridiques qui s'appliquent directement à un rapport juridique de droit privé. Dans cette hypothèse, les particuliers doivent respecter ces droits fondamentaux, sans qu'il y ait eu besoin d'une intervention législative. L'effet horizontal indirect (*mittelbare Drittwirkung*) implique que la revendication du respect du droit fondamental entre particuliers se fonde sur une règle de droit privé appliquée et interprétée par le juge à la lumière du droit fondamental.

**35. L'effet horizontal dans la jurisprudence de la Cour des droits de l'homme.** Cette application horizontale apparaît aussi dans la jurisprudence de la Cour des droits de l'homme mais laisse moins de traces, dès lors que celle-ci n'est pas compétente pour sanctionner les manquements de simples particuliers. Lorsque la Cour reconnaît ainsi une violation de l'article 8, ce n'est plus la responsabilité de l'État du fait de ses

(133) Cour eur. D.H., 26 mars 1985, *x et y c. Pays-Bas* ; J.-Fr. NEVEN, « Les principes généraux : les dispositions internationales et constitutionnelles », *op. cit.*, p. 36 ; S. GILSON et K. ROSIER, « Licéité de la preuve et droit au respect de la vie privée : principes et sanctions », *op. cit.*, pp. 244 et s., spéc. p. 246.

(134) S. VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'homme », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 355 et s. ; F. SUDRE, « La construction par le juge européen du droit au respect de la vie privée », in F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2005, p. 30 ; V. VAN DER PLANCKE et N. VAN LEUVEN, « La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'homme : faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ? », in *Entre ombres et lumières : 50 ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 191 et s. ; N. VAN LEUVEN et L. VANCRAVEBECK, « L'effet horizontal des droits et libertés », in *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larquier, 2014, pp. 265 et s.

(135) F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2012, n° 167, p. 265.

(136) N. VAN LEUVEN et L. VANCRAVEBECK, « L'effet horizontal des droits et libertés », *op. cit.*, p. 269.

propres actes qui est en cause mais un manquement de celui-ci à protéger la sphère privée de l'individu contre l'ingérence d'un autre individu (son employeur par exemple) (137). Le reproche peut être adressé à l'État législateur, qui a failli à prendre les législations ou réglementations adéquates, ou à l'État juge, qui n'assure pas une protection juridictionnelle suffisante des droits (138). De ce fait, la Cour écartera toute violation de l'article 8 si l'État, à son estime, a pris toutes les mesures utiles pour préserver la vie privée des citoyens. Cela ne signifie pas pour autant que le comportement de l'auteur du manquement à la vie privée est exempt de tout reproche. Dans son examen, la Cour tiendra compte non seulement de l'existence d'une législation ou une réglementation spécifiques protectrices de la vie privée mais aussi de la jurisprudence existant au moment des faits. Une violation de la Convention sera relevée, si les tribunaux de l'État concerné se montrent trop laxistes en matière de protection de la vie privée (139).

**36. L'effet horizontal limité de la Charte.** Pour que l'on puisse invoquer la jurisprudence WML dans les rapports entre particuliers, il faut donc que la Charte des droits fondamentaux se voie également reconnaître un effet horizontal, à l'instar de la Convention. Or cet effet horizontal de la Charte n'est pour l'instant admis que de manière limitée et un peu hésitante (140). Certaines libertés instituées par le traité, reprises à l'article 15 de la Charte, bénéficient effectivement d'un effet horizontal : liberté d'établissement (141), libre circulation des travailleurs (142) et libre prestation des services (143). Le principe de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes, consacré à l'article 23 de la Charte, s'est également

(137) Cour eur. D.H., 23 septembre 2010, *Obst c/ Allemagne*, § 40 et *Schüth c. Allemagne*, § 54 ; 3 février 2011, *Siebenhaar c. Allemagne*, § 37.

(138) Cour eur. D.H., 24 juillet 2003, *Karner c/ Autriche*. Il s'agissait d'un cas d'application de l'article 14 de la Convention (interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle), combiné avec l'article 8.

(139) Cour eur. D.H., 5 octobre 2010, *Köpke c/ Allemagne*. Dans cette affaire, la Cour a relevé l'absence de législation spécifique en Allemagne au moment des faits (il s'agissait d'un problème de vidéo-surveillance sur les lieux du travail). La Cour a donc eu égard à la manière dont les juridictions allemandes ont traité le cas et aux critères qu'elles ont utilisé pour établir l'existence d'une violation de la vie privée.

(140) A. BAILLEUX et E. BRIBOSIA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 73 et s., spéc. pp. 117 et s. ; A. BAILLEUX, « La Cour de justice, la Charte des droits fondamentaux et l'intensité normative des droits sociaux », *R.D.S.*, 2014, pp. 281 et s. ; S. PLATON, « Le périmètre de l'obligation de respecter les droits fondamentaux en droit de l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 67 et s., spéc. 85 et s.

(141) C.J.U.E., 19 février 2002, aff. C-309/99, *Wouters* ; 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*.

(142) C.J.U.E., 12 décembre 1974, aff. 36/74, *Walrave et Koch* ; 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman* ; 6 juin 2000, aff. C-281/98, *Angonese*.

(143) C.J.U.E., 12 décembre 1974, aff. 36/74, *Walrave et Koch* ; 11 avril 2000, aff. C-51/96 et C-191/97, *Delègue* ; 18 décembre 2007, aff. C-341/05, *Laval*.



vu reconnaître une application horizontale (144). La jurisprudence est plus contrastée en ce qui concerne le principe général de non-discrimination sur la base de l'âge, dont l'effet horizontal est reconnu dans les arrêts *Mangold* (145) et *Küçükdeveci* (146) mais dénié dans l'arrêt *Domingez* (147). Le moins que l'on puisse dire, c'est que cette jurisprudence n'est ni très étoffée ni toujours très cohérente. Jusqu'à présent, un effet horizontal général de la protection de la vie privée n'a pas encore été reconnu par la Cour. Un auteur fait observer que cet effet horizontal pourrait être invoqué pour corriger des relations inégales : « Le juge pourrait ainsi reconnaître la vocation de la Charte à s'appliquer dans des litiges horizontaux particulièrement déséquilibrés opposant, par exemple, une victime à son agresseur mais aussi un salarié ou un syndicat à son employeur » (148). Dans ce contexte, l'écartement de preuves recueillies par l'employeur à l'encontre d'un travailleur, en violation du droit à la vie privée de ce dernier, aurait du sens. On est toutefois dans le domaine des hypothèses doctrinales.

**37. Limites potentielles à l'effet horizontal.** Cette question est d'autant plus délicate que, selon le même auteur (149), la Cour de justice a donné à penser que, dans un rapport horizontal, elle pourrait s'en tenir strictement à l'application de la jurisprudence de la Cour des droits de l'homme. Dans l'arrêt *McB.* (150), elle a appliqué fidèlement la position de la Cour des droits de l'homme dans un problème de droit de garde, en refusant d'accorder au père naturel un droit de garde automatique, non prévu par le droit national concerné, sans intervention d'une décision de justice. La Cour de justice indique que la reconnaissance du droit de garde au père naturel « se heurterait aux exigences de sécurité juridique ainsi qu'à la nécessaire protection des droits et libertés d'autrui, au sens de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, en l'occurrence ceux de la mère » (151). L. Coutron en déduit qu'un dépassement du standard de la Convention au profit d'une partie emporte nécessairement un abaissement du niveau de protection des droits de son adversaire. « Donc, dans une relation horizontale, valoriser les droits d'une partie au-delà de ce que prévoit la

(144) C.J.U.E., 8 avril 1976, aff. 43/35, *Defrenne II*.

(145) C.J.U.E., 22 novembre 2005, aff. C-144/04, *Mangold*.

(146) C.J.U.E., 19 janvier 2010, aff. C-555/07, *Küçükdeveci*.

(147) C.J.U.E., 24 janvier 2012, aff. C-282/10, *Domingez*.

(148) L. COUTRON, « L'hypothèse du dépassement du standard conventionnel », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 21 et s., spéc. p. 34.

(149) *Ibid.*, p. 31.

(150) C.J.U.E., 5 octobre 2010, aff. C-400/10, *J. McB. c/ L.E.*

(151) Arrêt préc., pt 59.

Convention européenne engendrerait mécaniquement une violation des droits que l'autre partie tire de cette même Convention » (152). Si cette position se confirmait, cela signifierait que, même si un effet horizontal de certaines dispositions de la Charte était reconnu, la Cour de justice, dans ce contexte, s'en tiendrait à une stricte transposition de la jurisprudence de la Cour des droits de l'homme. Pour la question qui nous occupe, cela aurait des conséquences importantes, puisque la Cour de justice a dépassé le niveau de protection de la CEDH. Cela devrait entraîner un recul de la Cour de justice, qui devrait s'en tenir à la jurisprudence des arrêts *Khan*, *Bykov*, *Lee Davies* et autres, exposée ci-dessus (153). Dans ces arrêts, la Cour de Strasbourg avait indiqué que la violation, dans la collecte des preuves, du droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 8 de la CEDH, n'entraînait pas nécessairement une atteinte au procès équitable (art. 6). La jurisprudence WML ne serait donc pas transposable en matière civile, où seuls des rapports horizontaux sont envisageables. À nouveau, la prudence s'impose avant de tirer des conclusions définitives d'une jurisprudence encore largement en devenir.

#### b) L'arrêt *Goldfish* du Tribunal de l'Union européenne

**38. La procédure qui a donné lieu à l'arrêt.** La réponse est d'autant moins claire lorsque l'on examine la manière dont le Tribunal de l'Union européenne raisonne en matière de preuves illégales. La question s'est posée dans l'arrêt *Goldfish* du 8 septembre 2016 (154). Il s'agit d'une procédure en matière de concurrence. Plusieurs sociétés néerlandaises de pêche se sont vues imposer une amende par l'autorité néerlandaise de la concurrence. Cette décision a été confirmée en première instance et en appel dans le cadre d'un recours juridictionnel interne. Plusieurs des sociétés concernées ont introduit une demande de clémence auprès de la Commission européenne. Dans le cadre de l'instruction du dossier, la Commission a procédé à des vérifications au siège desdites sociétés, ainsi que dans des habitations privées. En 2012, elle décida d'introduire une procédure à l'encontre de ces sociétés. Par décision du 27 novembre 2013, elle considéra que les sociétés néerlandaises avaient participé à divers accords et pratiques concertées et effectué des échanges d'informations sensibles, en infraction à l'article 101 TFUE. Cette décision fut attaquée

(152) L. COUTRON, « L'hypothèse du dépassement du standard conventionnel », *op. cit.*

(153) Voy. *supra*, n° 8.

(154) T.U.E., 8 septembre 2016, T-54/14, *Goldfish* et *Heiploeg*.



devant le Tribunal de l'Union. L'un des griefs avancés par les requérantes était que la Commission avait justifié sa décision par des enregistrements audio effectués en secret, découverts lors des visites domiciliaires.

**39. Le raisonnement du Tribunal.** Le Tribunal relève qu'il n'existe pas de règlement de l'Union quant à la notion de preuve et donc que tous les moyens de preuve que les droits procéduraux des États membres admettent dans des procédures similaires sont, en principe, recevables (pt 43). Néanmoins, des preuves peuvent être écartées du dossier s'il subsiste un doute sur la légitimité de leur obtention (pt 44). Il n'y a toutefois pas d'exclusion automatique.

Le Tribunal relève ensuite qu'en sa qualité d'organe de l'Union, il est tenu d'appliquer la Charte des droits fondamentaux (pt 48). Il rappelle l'obligation de respecter une similitude de sens et de portée avec les droits garantis par la CEDH, tels qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'il y a concordance entre les droits garantis par la Charte et ceux garantis par la CEDH (art. 52 de la Charte). Il insiste donc sur l'importance d'appliquer la jurisprudence de la Cour eur. D.H. sur l'article 8 de la CEDH (pt 51). Il rappelle également la nécessité de préserver le droit au procès équitable, garanti par l'article 47 de la Charte, disposition jugée équivalente à l'article 6 de la CEDH. Le Tribunal évoque ensuite la jurisprudence de la Cour eur. D.H. en matière de preuves illégales, à savoir la nécessité d'apprécier au cas par cas l'existence d'une violation du droit au procès équitable en cas d'atteinte à un autre droit garanti par la Convention (pts 54 et 55). Il termine en indiquant que « c'est à la lumière de la jurisprudence [de la Cour eur. D.H. en matière de preuves irrégulières] rappelée ci-dessus qu'il y a lieu d'examiner si c'est à bon droit que la Commission a utilisé les enregistrements en cause en tant que moyens de preuve dans le cadre de la décision attaquée » (pt 56). Dans le cadre de l'analyse concrète qui suit, le tribunal rappelle qu'il « résulte de la jurisprudence de la Cour EDH, citée aux points 54 et 55 ci-dessus, que l'utilisation en tant que moyen de preuve d'un enregistrement illégal *ne se heurte pas en soi aux principes d'équité consacrés par l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH, y compris lorsque cet élément de preuve a été obtenu en violation des exigences de l'article 8 de la CEDH*, lorsque, d'une part, la partie requérante en cause n'a pas été privée d'un procès équitable ni de ses droits de la défense et, d'autre part, cet élément n'a pas constitué le seul moyen de preuve retenu pour motiver la condamnation » (pt 62). Il conclut que « même s'il fallait considérer que les enregistrements en cause

ont été effectués illégalement par l'une des entreprises concurrentes des requérantes, c'est à bon droit que la Commission les a utilisés en tant que moyens de preuve dans le cadre de la décision attaquée, pour constater une violation de l'article 101 TFUE, contrairement à ce que soutiennent les requérantes » (pt 73).

**40. Un retour à la jurisprudence classique.** L'enseignement est on ne peut plus clair : contrairement à la Cour de justice dans l'arrêt *WML*, le Tribunal fait une application tout à fait classique de la jurisprudence de la Cour eur. D.H. en matière de preuves irrégulières et aboutit à la conclusion que, malgré l'irrégularité éventuelle, les preuves sont néanmoins recevables parce qu'il n'y a pas violation du droit au procès équitable garanti à l'article 47 de la Charte.

Faut-il cloisonner les matières et considérer que l'enseignement de l'arrêt *WML* doit être cantonné à la matière fiscale et celui de l'arrêt *Goldfish* à la concurrence ? Cela paraît douteux dès lors que les deux juridictions ont fait application des mêmes dispositions de la Charte des droits fondamentaux. Le concept de procès équitable est unique, même si la vérification concrète de son application peut varier suivant le type de procédure. D'ailleurs, si les exigences du procès équitable devaient être définies différemment en droit fiscal et en droit de la concurrence, ce serait un argument supplémentaire pour ne pas appliquer l'arrêt *WML* en matière civile, soit en dehors du contexte dans lequel il a été rendu.

**41. Difficulté de transposer la jurisprudence *WML* en matière civile.** Au terme de cet examen, même si de nombreuses questions non résolues subsistent, on peut néanmoins retenir l'impression que la jurisprudence des juridictions de l'Union européenne ne remet pas en cause l'application de la jurisprudence Antigone dans les procédures civiles, sociales et économiques. Dans ce domaine, le caractère obligatoire de l'arrêt *WML* est douteux, même dans des matières qui relèvent du droit de l'Union. Il pourrait tout au plus constituer une sorte de référence morale, qui pourrait appuyer la position des adversaires de la jurisprudence Antigone. On en trouve un premier exemple dans l'arrêt du 4 août 2016 de la cour du travail de Bruxelles<sup>(155)</sup>. La cour cite explicitement l'arrêt *WML*, même si elle n'en tire pas de conclusion particulière.

On en saura sans doute plus dans quelques mois sur l'appréciation de la Cour de justice sur la jurisprudence Antigone civile. En effet, dans le

<sup>(155)</sup> C. trav. Bruxelles, 4 août 2016, *J.T.T.*, 2016, p. 390.



cadre d'une affaire portant sur la perception d'une redevance de parking, le tribunal de première instance de Bruxelles a posé une question préjudicielle explicite à ce sujet à la Cour de justice(156).

## CONCLUSION

**42. Une matière en évolution, manquant encore de critères clairs d'application.** Il ressort de cet examen que la question n'est pas beaucoup plus claire qu'il y a trois ans. On attend toujours l'arrêt de cassation qui fournira des critères plus précis d'appréciation pour la matière civile et qui délimitera le champ d'application de sa jurisprudence. La jurisprudence des juges du fond est assez casuistique, ce qui engendre une absence de sécurité juridique. D'une chambre à l'autre, au sein de la même cour, on sent des accents différents.

Dans un article précédent(157), je concluais : « En ce qui concerne les critères d'application, la jurisprudence est véritablement au milieu du gué : les juges se retrouvent confrontés à une problématique nouvelle, sans disposer des bons outils pour la traiter. Le risque de voir les décisions partir dans tous les sens est réel ». On ne peut pas vraiment dire que la situation se soit éclaircie. Au contraire, de nouvelles causes d'incertitude sont apparues. La jurisprudence relative à l'utilisation de preuves irrégulières est donc toujours au milieu de la rivière et on ne sait pas trop combien de temps elle va y rester ou par quelle rive elle va en sortir.

L'examen des critères proposés par la Cour de cassation dans son arrêt du 10 mars 2008 est un peu frustrant. On a l'impression que le problème est mal posé et que ces critères sont finalement peu utiles pour le juge du fond. Ils sont soit trop flous, soit peu pertinents. On serait tenté de les évacuer pour en revenir à cette seule question : le droit d'une partie de présenter au tribunal des preuves recueillies de manière illégale ou déloyale doit-il l'emporter sur le droit de son adversaire au respect de ses droits fondamentaux ? Et cette appréciation devra se faire au regard de tous les éléments du cas d'espèce : la gravité des fautes respectives, si chaque partie a effectivement commis une faute, l'importance de l'atteinte aux droits de la partie préjudiciée par l'irrégularité, la légitimité de l'intérêt de la partie qui produit les preuves, la possibilité d'apporter la preuve d'une autre manière, moins attentatoire aux droits, le caractère

(156) Civ. Bruxelles fr., 22 août 2016, R.G. n° 12/9661/A.

(157) D. MOUGENOT, « Antigone, suite et pas fin... », *J.T.*, 2013, pp. 267 et s., n° 7.

d'ordre public ou non de la matière, la circonstance que les faits prouvés par les preuves litigieuses sont également établis par d'autres éléments du dossier, la possibilité pour la partie concernée de contester efficacement les preuves proposées, le caractère intentionnel ou non de l'atteinte aux droits fondamentaux de la partie contre qui on veut prouver... La question de la fiabilité sera également un préalable avant tout examen de proportionnalité mais elle aurait dû se poser en tout état de cause, même si la preuve a été recueillie de manière régulière.

La réponse à ces questions variera évidemment d'un cas d'espèce à l'autre. Il faudra faire son deuil durant longtemps de tout espoir de trouver des lignes de conduite fortes et cohérentes dans la jurisprudence. On ne pourra pas non plus se départir de l'impression déplaisante que la jurisprudence en cette matière est devenue une sorte de loterie. Vos preuves sont irrégulières ? Tentez votre chance en justice ! Elles passeront peut-être la barre.

Et restera en arrière-plan la question fondamentale posée par la Cour de justice de l'Union dans l'arrêt *WML* et par les opinions dissidentes des juges de la Cour des droits de l'homme dans l'arrêt *Bykov* : la jurisprudence Antigone n'est-elle pas une erreur, qui ruine le crédit que l'on peut accorder à la protection de la vie privée ?